



KIRIKKALE
MHD
MEDENİ HUKUK
DERGİSİ

Cilt / Volume 1
Sayı / Issue 1
Ocak 2024

KIRIKKALE
MEDENİ HUKUK DERGİSİ
Cilt 1 Sayı 1 \ Ocak 2024

KIRIKKALE
CIVIL LAW REVIEW
Vol. 1 Issue 1 \ January 2024

Kırıkkale Medeni Hukuk Dergisi | Kırıkkale Civil Law Review

Sahibi | Owner

Kırıkkale Üniversitesi Hukuk Fakültesi adına

Dekan

Prof. Dr. Mustafa Avcı

Editörler | Editors

Doç. Dr. Yasemin Durak

Doç. Dr. Hamdi Gökçe Zabunoğlu

Editör Yardımcıları | Co-Editors

Arş. Gör. Beyza Gül Can

Arş. Gör. Yusuf Berat Baş

Arş. Gör. Burcu Çavuş Eryendi

Yayın Yönetim Yeri İletişim | Executive Office Contact

Kırıkkale Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Beşir Atalay Kampüsü

Ankara Karayolu 7. km. 71453

Yahşihan / Kırıkkale

mhd@kku.edu.tr

<https://www.medenihukukdergisi.com.tr>

Kırıkkale Medeni Hukuk Dergisi, Ocak ve Temmuz aylarında olmak üzere yılda iki defa yayımlanan hakemli elektronik bir dergidir. Dergiye yapılan atıflarda MHD kısaltması kullanılmalıdır.

Kırıkkale Civil Law Review is a peer-reviewed review published in electronic media and published two times a year in January, June. MHD abbreviations shall be used in reference to the review.

Dergide yayımlanan yazılarda ileri sürülen görüşlerden ve bunlardan doğacak sorumluluk yazarlarına aittir. Fakültenin ve/veya Üniversitenin görüşü olarak değerlendirilemez.

Yayın Kurulu | Editorial Board

Prof. Dr. Akihiro Onagi, Hokkaido Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Japonya.

Prof. Dr. Arif Rıza, Prizen Ukshin Hoti Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Kosova.

Prof. Dr. Köksal Kocaağa, Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Türkiye.

Prof. Dr. Kürşat Nuri Turanboy, Kırıkkale Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Türkiye.

Prof. Dr. Şebnem Akipek Öcal – TED Üniversitesi, Türkiye.

Doç. Dr. H. Gökçe Zabunoğlu, Kırıkkale Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Türkiye.

Doç. Dr. Yasemin Durak, Kırıkkale Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Türkiye.

Danışma Kurulu | Advisory Board

Prof. Dr. Cemal Oğuz – Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Türkiye.

Prof. Dr. Emre Gökyayla – Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Türkiye.

Prof. Dr. Hasan İşgüzar – Yozgat Bozok Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Türkiye.

Prof. Dr. Hayrunnisa Özdemir – Ankara Sosyal Bilimler Üni. Hukuk Fakültesi, Türkiye.

Prof. Dr. Katharina Gelbrich – Leipzig Üniversitesi, Almanya.

Prof. Dr. Kudret Güven – Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Türkiye.

Prof. Dr. Muharrem Faiku - Prizen Ukshin Hoti Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Kosova.

Prof. Dr. Murat Doğan – Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Türkiye.

Prof. Dr. M. Murat İnceoğlu – İstanbul Bilgi Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Türkiye.

Prof. Dr. Oğuz Sadık Aydos – Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Türkiye.

Prof. Dr. Sadmir Karovic – Travnik Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Bosna Hersek.

Prof. Dr. Serkan Ayan – Dokuz Eylül Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Türkiye.

Prof. Dr. Süleyman Yılmaz, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Türkiye.

Prof. Dr. Zarife Şenocak – Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Türkiye.
Doç. Dr. Abdurrahman Savaş – İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Türkiye.

Doç. Dr. Betül Özlük- TOBB Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Türkiye.
Doç. Dr. Emel Badur – Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Türkiye.

Doç. Dr. Erhan Temel – Augsburg Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Almanya.

Doç. Dr. Hakkı Mert Doğu – KTO Karatay Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Türkiye.

Doç. Dr. Nurdan Orbay Ortaç – Kırıkkale Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Türkiye.

Doç. Dr. Sinan Sami Akkurt – Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Türkiye.

Doç. Dr. Turan Şahin – Ankara Sosyal Bilimler Üni. Hukuk Fakültesi, Ankara, Türkiye.

Doç. Dr. Turgay Akalın – Kıbrıs Amerikan Üniversitesi, KKTC.

Doç. Dr. Yıldız Abik – Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Türkiye.

Dr. Öğretim Üyesi Reyhan Tuhan Boz - Kırıkkale Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Türkiye.

Dr. Öğretim Üyesi Seda Kara Kılıçarslan - Kırıkkale Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Türkiye.

İÇİNDEKİLER

ARABULUCUNUN SÖZLEŞME GÖRÜŞMELERİNDEN DOĞAN SORUMLULUĞU.....1

Doç. Dr. Emel BADUR

DUYGUSAL VE HUKUKİ BAKIMDAN NİŞANLANMA27

Arş. Gör. Oğuzhan ERTEKİN

AİLE KONUTUNUN KİRA SÖZLEŞMESİ İLE SAĞLANMASI HALİNDE BOŞANMANIN SÖZLEŞMEYE ETKİSİ.....69

Doç. Dr. Betül ÖZLÜK

FEDAKÂRLIĞIN DENKLEŞTİRİLMESİ İLKESİNE DAYANAN SORUMLULUĞUN MEDENİ HUKUK ÇERÇEVESİNDEKİ GÖRÜNÜMÜ96

Dr. Öğr. Üyesi Seda KARA KILIÇARSLAN

KİŞİSEL VERİLERİN KORUNMASI KAPSAMINDA HUKUK MAHKEMELERİNDE DURUŞMANIN KAYIT VE YAYIN YASAĞI.....123

Doç. Dr. Aziz Serkan ARSLAN

ARABULUCUNUN SÖZLEŞME GÖRÜŞMELERİNDEN DOĞAN SORUMLULUĞU

Doç. Dr. Emel BADUR

Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi,
Medeni Hukuk Anabilim Dalı

ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-5133-8541>,
badur@cankaya.edu.tr

Geliş Tarihi | Received: 10.11.2023

Kabul Tarihi | Accepted: 27.12.2023

İntihal: Bu makale, en az iki hakem tarafından incelendi ve intihal içermediği teyit edildi.

Plagiarism: This article has been reviewed by at least two referees and scanned via a plagiarism software.



Bu eser Creative Commons Atıf-GayriTicari 4.0 Uluslararası Lisansı ile lisanslanmıştır.

Atıf | Citation:

Badur, Emel. "Arabulucunun Sözleşme Görüşmelerinden Doğan Sorumluluğu". MHD. 1/1 (2024), s. 1-26.

Yazar Beyanı

Mali Destek: Yazar, bu çalışmanın araştırılması, yazarlığı veya yayınlanması için herhangi bir finansal destek almamıştır.

Yazarların Katkıları: Bu makale yazar tarafından tek başına hazırlanmıştır.

Çıkar Çatışması/Ortak Çıkar Beyanı: Yazar tarafından herhangi bir çıkar çatışması veya ortak çıkar beyan edilmemiştir.

Etik Kurul Onayı Beyanı: Çalışmanın herhangi bir etik kurul onayı veya özel bir izne ihtiyacı yoktur.

Araştırma ve Yayın Etiği Bildirgesi: Yazar, makalenin tüm süreçlerinde MHD'nin bilimsel, etik ve alıntı kurallarına uyduğunu ve verilerde herhangi bir tahrifat yapmadığını, karşılaşılabilecek tüm etik ihlallerde MHD'nin ve editör kurulunun hiçbir sorumluluğunun olmadığını ve bu çalışmanın MHD'den başka hiçbir akademik yayın ortamında değerlendirilmediğini beyan etmektedir.

Author's Declaration

Financial Support The author, has not received any financial support for the research, authorship, or publication of this study.

Authors' Contributions This article was prepared by the author alone.

The Declaration of Conflict of Interest/Common Interest No conflict of interest or common interest has been declared by the author.

The Declaration of Ethics Committee Approval The study doesn't need any ethics committee approval or any special permission.

The Declaration of Research and Publication Ethics The author declares that she complies with the scientific, ethical, and quotation rules of MHD in all processes of the paper and that she does not make any falsification of the data collected. In addition, she declares that Civil Law Review and its editorial board have no responsibility for any ethical violations that may be encountered, and that this study has not been evaluated or published in any academic publication environment other than Civil Law Review.

ARABULUCUNUN SÖZLEŞME GÖRÜŞMELERİNDEN DOĞAN SORUMLULUĞU

Öz

Arabuluculuk, Türk Hukuku'na 6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu'nun (HUAK) kabulü ve yürürlüğe girmesiyle birlikte 2012 yılında dahil olmuş, nispeten yeni bir alternatif uyuşmazlık çözüm yoludur. Bu Kanun gereğince arabulucu, "Arabuluculuk faaliyetini yürüten ve Bakanlıkça düzenlenen arabulucular siciline kaydedilmiş bulunan gerçek kişiyi" ifade eder. HUAK'ın kabulünden sonra, Türk Hukuku'na dahil edilen dava şartı arabuluculuk düzenlemeleri, Türk Hukuku açısından arabuluculuğun önemini ve yaygınlığını arttırmıştır.

Aralarındaki uyuşmazlığı arabuluculuk yoluyla çözmeyi kararlaştıran tarafların, arabulucuyla yaptıkları ve arabulucunun uyuşmazlığın taraflarına arabuluculuk etmeyi yükümlendiği; buna karşılık uyuşmazlığın taraflarının (veya sadece taraflardan birinin) arabulucuya ücret ödemeyi borçlandığı sözleşmeye, arabulucu sözleşmesi adı verilmektedir. Arabulucunun, arabulucu sözleşmesinin kurulmasının öncesinde de dikkat etmesi gereken hususlar vardır.

Taraflar arasındaki uyuşmazlığın arabuluculuk yoluyla çözümlenmeye uygun olup olmadığını değerlendirme yükümlülüğü arabulucudadır. Arabulucu, uyuşmazlığın taraflarıyla arabulucu sözleşmesini kurmadan önce, uyuşmazlığın arabuluculukla çözümlenmeye elverişli olup olmadığını değerlendirmeli; elverişli olduğu kanaatine varırsa, sözleşmeyi akdetmelidir. Aksi halde taraflar, arabuluculuk yoluyla çözüme kavuşturmalarına hukuken imkan bulunmayan bir uyuşmazlığı, bu yolla çözmek için zaman kaybedecek ve harcama yapacaklardır. Uyuşmazlığın arabuluculuk yoluyla çözümlenmeye uygun olmadığını fark ettiği durumlarda, arabulucu sözleşmesine taraf olan arabulucu, sözleşme görüşmelerinden doğan zararlardan sorumlu olur.

Anahtar Kelimeler: Arabulucu, Arabulucu Sözleşmesi, Dava Şartı Arabuluculuk, Sözleşme Görüşmelerinden Doğan Sorumluluk, Culpa in Contrahendo, Aydınlatma Yükümlülüğü

MEDIATOR'S LIABILITY TO CULPA IN CONTRAHENDO

ABSTRACT

Mediation is a relatively new alternative dispute resolution method that has been incorporated into Turkish Law in 2012 with the adoption and entry into force of Law No. 6325 on Mediation in Civil Disputes (MLCD). In accordance with this Law, mediator means "the real person who carries out the mediation activity and is registered in the mediators' registry organized by the Ministry". After the adoption of MLCD, the litigation requirement mediation regulations included in Turkish Law have increased the importance and prevalence of mediation in Turkish Law.

The parties who decide to resolve the dispute between them through mediation have done with the mediator and that the mediator undertakes to mediate to the parties of the dispute; On the other hand, the contract in which the parties to the dispute (or just one of the parties) owe to pay the mediator a fee is called the agreement to mediate. However, there are some issues that the mediator should pay attention to before the agreement to mediate is concluded.

It is the mediator's responsibility to evaluate whether the dispute between the parties is suitable for resolution through mediation. Before establishing a agreement to mediate with the parties to the dispute, the mediator should evaluate whether the dispute is suitable for resolution through mediation; If it deems it suitable, it should conclude the contract. Otherwise, the parties will waste time and spend in resolving a dispute that is not legally possible to resolve through mediation. In cases where he realizes that the dispute is not suitable for resolution through mediation, the mediator, who is a party to the agreement to mediate, is liable for the damages arising from the contractual negotiations.

Keywords: Mediator, agreement to mediate, litigation requirement mediation, liability in contractual negotiations, culpa in contrahendo, obligation to inform

GİRİŞ

Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu'nun (HUAK) 2/1/a maddesinde arabulucu terimi, "Arabuluculuk faaliyetini yürüten ve Bakanlıkça düzenlenen arabulucular siciline kaydedilmiş bulunan gerçek kişiyi" ifade eder şekilde tanımlanmıştır. Aynı maddenin (b) bendinde yapılan belirleme gereğince arabuluculuk,

"sistemik teknikler uygulayarak, görüşmek ve müzakerelerde bulunmak amacıyla tarafları bir araya getiren, onların birbirlerini anlamalarını ve bu suretle çözümlerini kendilerinin üretmesini sağlamak için aralarında iletişim sürecinin kurulmasını gerçekleştiren, tarafların çözüm üretmediklerinin ortaya çıkması halinde çözüm önerisi de getirebilen, uzmanlık eğitimi almış olan tarafsız ve bağımsız bir üçüncü kişinin katılımıyla ve ihtiyari olarak yürütülen"

uyuşmazlık çözüm yöntemidir.

Arabuluculuğun tanımına "ihtiyarilik" özelliği dahil edilmesine rağmen, HUAK'ın kabulünden sonra, Türk Hukuku'na pek çok dava şartı arabuluculuk eklenmiştir. Özellikle 2023 yılında yasa koyucu, tarafından yapılan yasama faaliyetiyle Türk Hukuku'nda var olan üç dava şartı (iş, ticaret ve tüketici hukukuna ilişkin uyuşmazlıklar) arabuluculuğa, HUAK'a dahil edilen 18/B maddesiyle dört ayrı dava şartı hali daha eklemiştir¹. Ayrıca 7442 sayılı Orman Kanunu ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun² ile tarımsal üretim sözleşmesinden doğan davalar da dava şartı arabuluculuk uygulamaları kapsamına alınmışlardır.

Türk Hukuku'na dahil edilen dava şartı arabuluculuk düzenlemeleri sayesinde, sadece arabuluculuğun mevzuattaki önemi ve yaygınlığı artmamıştır. Bu değişikliklerle aynı zamanda arabulucuların uzmanlık alanları genişlediği gibi; arabulucuların bir uyuşmazlığın dava şartı kapsamında olup olmadığını veya hangi dava şartı kapsamında değerlendirilmesi gerektiğini tespitleri -eskisine oranla- daha da karmaşıklaşmıştır. Dava şartlarının kabulü öncesinde sadece taraflar arasındaki uyuşmazlığın arabuluculuğa elverişli olup olmadığını denetlemekle yükümlü olan arabulucular; artık hem uyuşmazlığın dava şartı kapsamında olup olmadığını, hem de bu sorunun yanıtının olumlu olması

¹ Anılan değişiklikle yeni dava şartı arabuluculuk uygulamaları olarak kabul edilen alanlar, kiralanan taşınmazların -ilamsız icra yoluyla tahliyesine ilişkin hükümler hariç olmak üzere- kira sözleşmesinden kaynaklanan; taşınır ve taşınmazların paylaşılmasına ve ortaklığın giderilmesine ilişkin; Kat Mülkiyeti Kanunundan (KMK) kaynaklanan ve komşu hakkından kaynaklanan uyuşmazlıklar olarak belirlenmiştir.

² 32154 sayılı ve 05.04.2023 tarihli Resmi Gazete'de yayımlanmıştır.

halinde, hangi dava şartı kapsamında değerlendirilmesinin gerektiğini tespit ederek, tarafları bu konular hakkında bilgilendirme yükümlüsü haline gelmişlerdir.

İster iradi ister dava şartı arabuluculuk olsun, uyuşmazlığın taraflarıyla arabulucu arasında, arabuluculuk faaliyetinden kaynaklanan bir hukuki ilişki kurulmaktadır. Aralarındaki uyuşmazlığı arabuluculuk yoluyla çözmeyi kararlaştıran tarafların, arabulucuyla yaptıkları ve arabulucunun uyuşmazlığın taraflarına arabuluculuk etmeyi yükümlendiği; buna karşılık uyuşmazlığın taraflarının (veya sadece taraflardan birinin) arabulucuya ücret ödemeyi borçlandığı sözleşmeye arabulucu sözleşmesi adı verilmektedir.

İhtiyari arabuluculuğun yürütüleceği hukuki ilişkilerde arabulucu sözleşmesinin kurulması ve bu sözleşmeye ilişkin yürütülen müzakereler çok kolay gözlemlenebilir. Buna karşılık dava şartı arabuluculuk süreçlerinde arabulucu sözleşmesinin kurulması, genellikle arabulucu ve uyuşmazlığın tarafları arasında yürütülen uzun sözleşme görüşmeleri sonucunda değil; tarafların zımnî irade açıklamalarıyla kurulmaktadır. Ancak bu durumda da arabulucunun bazı kusurlu davranış veya kaçınmalarının uyuşmazlığın taraflarının zarara uğramasıyla sonuçlanması mümkündür.

Arabulucunun sözleşme görüşmelerinden doğan (culpa in contrahendo) sorumluluğu, arabulucu sözleşmesinin akdedilmesi sürecinde, arabulucunun uyuşmazlığın taraflarına HUAK'tan kaynaklanan yasal veya etik kurallara dayalı yükümlülüklerini -kusurlu olarak- yerine getirmemesi durumunda ortaya çıkar. Zira arabulucular sadece HUAK'ta ve Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Yönetmeliğinde³ (Yönetmelik) değil; Türkiye Arabulucular Etik Kuralları⁴ kapsamında da henüz arabulucu sözleşmesi akdedilmemiş ve arabuluculuk süreci başlamamış olsa bile bazı kurallara uymakla yükümlü kılınmıştır.

Arabulucunun bu kurallara aykırı davranışlarının uyuşmazlığın taraflarının tamamının veya bir kısmının zarara uğramasıyla sonuçlanması halinde, arabulucunun söz konusu zararları tazmin etmesinin hukuki dayanağının, Türk Medeni Kanunu'nun (TMK) 2. maddesinde düzenlenen dürüstlük kuralı kapsamında, sözleşmenin akdedilmesi öncesinde taraflar arasında kurulan güven temelli bir borç ilişkisinde bulunması mümkündür.

³ <https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2018/06/20180602-1.htm> (erişim: 10.10.2023).

⁴ <https://adb.adalet.gov.tr/Resimler/SayfaDokuman/13032023103745T%C3%BCrkiye%20%20Arabulucular%20%20Etik%20Kurallar%C4%B1.pdf> (erişim: 10.12.2023).

I. SÖZLEŞME GÖRÜŞMELERİNDEN DOĞAN SORUMLULUK

Sözleşme görüşmelerinden doğan sorumluluk, sözleşmenin kurulması amacıyla yürütülen müzakereler sürecinde, taraflar arasında oluşturulan güven ilişkisinde, karşı tarafla paylaşılan hukuki değerlerin korunacağına ilişkin güvenin boşa çıkmasından kaynaklanan sorumluluk olarak tanımlanabilir.⁵

- ⁵ Konu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Erhan Adal, “Sözleşme Görüşmeleri Nedeniyle Olan Tutumdan Dolayı “*Culpa in Contrahendo*” Sorumluluğu (Karşılaştırmalı Araştırma)”, MÜİİBFD, 2/2 (1985), s. 27; Sibel Adıgüzel, “Sözleşme Görüşmelerinde Kusurlu Davranıştan Doğan Sorumluluk”, TAAD, 3/9 (2012), s. 285; Merve Bilge Akbulut, “Yargıtay HGK’nun 2017/2625 E. 2021/766 K. Sayılı Kararının *Culpa In Contrahendo Sorumluluğu* Bakımından İncelemesi”, Türkiye Noterler Birliği Hukuk Dergisi, 10/1 (2023), s. 203; Mustafa Arıkan, “*Culpa in Contrahendo Sorumluluğu*”, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 17/1 (2009), s. 70; Elif Ayan Durhan, “Kendi Kusuruyla Yanılanın *Culpa in Contrahendo Sorumluluğu*”, Terazi Hukuk Dergisi, 17/188 (2022), s. 46; Lale Ayhan İzmirli, “*Lex Mercatoria*’da *Culpa in Contrahendo Sorumluluğu*”, Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, 37/2 (2017), s. 191; Mehtap Ayrancı, “Yetkisiz Temsilcinin *Culpa In Contrahendo Sorumluluğu*”, TAAD, 48, (2021), s. 484; Cem Baygım, “*Culpa in Contrahendo Sorumluluğu ve Amerikan Hukukundaki Uygulaması*”, AÜEHFD, IV/1-2 (2000), s. 346; Erkam Haşim Bulut, “*Culpa In Contrahendo Sorumluluğunun “İmkansızlık” Halindeki Görünümü*”, İstanbul Medeniyet Hukuk Dergisi, 5/9 (2020), s. 109; Uğur Bulut, “Sözleşme Görüşmelerinden Doğan Sorumlulukta Tüketici Mahkemelerinin Görevine İlişkin Bir Yargıtay Kararı İncelemesi”, ABD, 2 (2012), s. 328; Yasemin Durak, “Güven Sorumluluğu ve *Culpa In Contrahendo*”, SÜHFD, 25/1, (2014), s. 243; Hans Henrik Edlund, “*Culpa in Contrahendo: Tortious Liability, Breach of Contract or an Autonomous Legal Instrument?*”, European Business Law Review, 30/5, (2019), s. 816; Mehmet Serkan Ergüne, “*Culpa in Contrahendo Sorumluluğunda Olumlu Zararın Tazmini*”, Prof. Dr. Rona Serozan’a Armağan C. I. İstanbul: On İki Levha Yayınları, 2010, s. 916; Ümit Gezder, *Türk/İsviçre Hukukunda Culpa in Contrahendo Sorumluluğu*, İstanbul: Beta, 2009, s. 12; Aylin Görener, “*Culpa in Contrahendo Sorumluluğu*”, İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, 2/36 (2019), s. 69; Özgür Güvenç, “*Culpa In Contrahendo Sorumluluğu Bağlamında Sözleşme Görüşmelerinin Kesilmesi*”, GÜHFD, 18/3-4 (2014), s. 370; Najib Hage-Chahine, “*Culpa in Contrahendo in European Private International Law: Another Look at Article 12 of the Rome II Regulation*”, Northwestern Journal of International Law & Business, 32/3 (2012), s. 465; Ali Naim İnan, “*Culpa in contrahendo - Mukavele Yapılırken İşlenen Kusurdan Dolayı Mesuliyetin Hukuki Sebeplerini İzah Eden Nazariyeler Üzerinde Mukayeseli Bir Çalışma*”, Adalet Dergisi, 45/7 (1954), s. 999; Atanur Karaahmetoğlu, “Sözleşme Görüşmelerinde *Culpa In Contrahendo* Açısından Güven Sorumluluğu”, Kırklareli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 1/2 (2023), s. 508; Hakan Karakurt, “*Culpa in Contrahendo*”, İBD, 86/4, (2012), s. 223; Ayfer Kutlu Sungurbey, *Yetkisiz Temsil: Özellikle Culpa in Contrahendo (Sözleşmenin Görüşülmesinde Kusur) ve Olumsuz Zarar*, İstanbul: Yasa Yayınları 1988, s. 109; Vladimir Monsalve-Caballero, “*The Legal and Historical Panorama of Culpa in Contrahendo at Contractual Negotiations*”, Revista de Derecho Universidad del Norte, 39 (2013), s. 128; Özkan Özyakışır ve Muhammed Ganbari, “Sözleşme Öncesi Görüşmelerin Kesilmesi Bağlamında *Culpa In Contrahendo Sorumluluğu ve Olumsuz Zarar*”, SÜHFD, 28/2 (2020), s. 754; Alihan Sağır, “Borçlunun Bildiği Başlangıçtaki İmkansızlığa Bağlı Butlan Yapırımın *Culpa in Contrahendo* ile Daraltılması”, Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 8/1 (2018), s. 233; Rona Serozan, ““*Culpa In Contrahendo*”, “Akadin Müsbet İhlali” ve “Üçüncü Kişiyi Koruyucu Etkili Sözleşme” Kurumlarının Ortak Temeli: Edim Yükümlerinden Bağımsız Borç İlişkisi”, MHAD, 3 (1968), s. 117; Mustafa Tiftik ve Elif Şen, “Yetkisiz Temsilde *Culpa In Contrahendo Sorumluluğu*”, MÜHFHAD, 22/3 (2016), s. 2655; Süleyman Yalman, *Türk - İsviçre Hukukunda Sözleşme Görüşmelerinden Doğan Sorumluluk*, Ankara: Seçkin,

Yargıtay⁶ sözleşme görüşmelerinden doğan sorumluluğu

“Bu yeni belirlenen sorumluluk türlerinden olan sözleşme görüşmelerinden doğan sorumluluk (culpa in contrahendo), genel bir ifadeyle belirtmek gerekirse sözleşme görüşmeleri aşamasında taraflardan birinin diğerine veya onun koruması altında bulunan kişilere, aralarında dürüstlük kuralı gereğince ortaya çıkan güven ilişkisinin ihlali sonucu meydana gelen sorumluluktur.”

nitelemesiyle tanımlamaktadır. Başka bir ifadeyle bu sorumluluğun temel işlevinin, sözleşme görüşmelerinde taraflardan birinin diğerine dürüstlük kuralına aykırı davranmak suretiyle verdiği zararların tazminini sağlamak olduğunu söylemek mümkündür.⁷

Bu sorumluluk sebebine temel teşkil eden ve taraflar arasında kurulan güven ilişkisi, sözleşme yapma amacına yönelmiş bir sosyal temasla, yani sözleşme görüşmeleriyle başlar ve sözleşme süresince, hatta zaman zaman sözleşme sona erdikten sonra da sürer.⁸ Başka bir ifadeyle taraflar arasındaki güven ilişkisi sadece sözleşmenin kurulmasına ve varlığına dayalı olarak değil; sözleşme öncesi gerçekleştirilen temas ve ilişkilerle de kurulur. Bir sözleşme yapmak üzere görüşmelere başlayan kişiler arasında temelini dürüstlük kuralından alan bir güven ilişkisi doğar.⁹ Ancak taraflar arasında sözleşmenin kurulmasından sonra gündeme gelen güven ilişkisi (veya koruma yükümlülükleri) ihlali, sözleşme görüşmelerinden doğan sorumluluğa sebebiyet vermez. Zira sözleşmenin kurulmasıyla birlikte, artık

2006, s. 38; Hamdi Yılmaz, “Sözleşme Görüşmelerinde Kusur “Culpa In Contrahendo” ve Sorumluluğun Hukuksal Niteliğinde Yeni Görüşler”, Yargıtay Dergisi, 11/3 (1985), s. 244; Sabahattin Yürekli, “İş Hukukunda Sözleşme Görüşmelerinden Doğan Sorumluluk (Culpa In Contrahendo)”, İÜHFİM, 72/2 (2014), s. 543.

⁶ YHGK E. 2019/435, K. 2022/352, T. 22.03.2022; Aynı yönde bkz. Y. 11. HD. E. 2020/4933, K. 2021/2006, T. 04.03.2021.

⁷ “Zira sözleşme görüşmelerine başlanmasıyla birlikte taraflar arasında temeli dürüstlük kuralına dayanan bir güven ilişkisi meydana gelir ve bu ilişki koruma yükümlerini de içerir. Bundan dolayı sözleşme görüşmelerinde taraflardan her biri veya yardımcıları, diğer tarafa veya onun himayesinde bulunan kişilerin şahıs ve mal varlıklarına zarar vermeyi engellemek için gerekli dikkat ve özeni göstermek ve koruma yükümlerine uymak zorundadırlar. Çünkü, koruma yükümleri, ifa menfaati dışında kalan diğer şahıs ve mal varlığı değerlerine zarar vermeyi ihtiva eder. Sözleşme öncesi koruma yükümlerinin ihlali, sözleşme görüşmelerinden doğan sorumluluğa sebebiyet verir.” YHGK E. 2010/13-593, K. 2010/623, T. 01.12.2010.

⁸ “Hukukî bir ilişkiye girmiş taraflardan biri, hukuka ve güven ihlali söz konusu olduğunda da hukukun öngördüğü yaptırıma güvenerek hareket eder. Karşı taraf da bu güvenenden dolayı doğru ve dürüst davranmak ve sadakatli olmak yükümlülüğü altındadır. Bu ilkeye göre korunan, karşı tarafın haklı güvenidir.” YHGK, E. 2018/(13)3-319, K. 2021/1561, T. 02.12.2021.

⁹ Baygın, “Culpa in Contrahendo Sorumluluğu ve Amerikan Hukukundaki Uygulaması”, s. 345; Durak, “Güven Sorumluluğu ve Culpa In Contrahendo”, s. 267; Gezder, *Türk/İsviçre Hukukunda Culpa in Contrahendo Sorumluluğu*, s. 31.

akit taraflar arasında sözleşmeden doğan sorumluluğun başladığı kabul edilir.¹⁰

Bununla birlikte sözleşmenin kurulması, sözleşme öncesi sorumluluğu ortadan kaldırmaz. Görüşmeleri sırasında kusurlu davranışla karşı tarafa zarar verilen sözleşmenin kurulması, sözleşme öncesi sorumluluğu sona erdirmez veya sözleşme kurulmadan önce verilen zararların sözleşme ilişkisi içerisinde değerlendirilmesine sebebiyet vermez. Başka bir ifadeyle akit taraflar arasında gerçekleştirilen görüşmeler sonucunda sözleşmenin kurulmuş olup olmaması kriter olarak değerlendirilmeksizin, koruma, aydınlatma veya özen gösterme yükümlülüklerine kusurlu bir şekilde aykırı davranan tarafın, bu nedenle sebebiyet verdiği zararı tazmin etmekle sorumlu olması gerekir.¹¹

Alman mevzuatında¹² (BGB'nin 241/2. maddesinde) açıkça düzenlenen bu borç ilişkisinin varlığı sonucuna, Türk Hukukunda dürüstlük kuralına ilişkin düzenlemeden yola çıkılarak varılır. Sözleşme görüşmeleri sırasında kurdukları sosyal temasla birlikte birbirlerinin hak ve menfaatlerine etki etme yakınlığını elde eden taraflar arasında edim yükümlerinden bağımsız ve koruma yükümlerine tabi bir borç ilişkisi kurulur. Tarafların bu sosyal temas sürecinde -dürüstlük kuralı gereğince- birbirlerinin hak ve menfaatlerini koruma yükümü altına girdiği kabul edilir. Başka bir ifadeyle Türk ve İsviçre hukuk sistemlerinde, culpa in contrahendo sorumluluğunun kaynağını edim

¹⁰ Sungurbey, *Yetkisiz Temsil: Özellikle Culpa in Contrahendo (Sözleşmenin Görüşülmesinde Kusur) ve Olumsuz Zarar*, s. 109; Edlund, "Culpa in Contrahendo: Tortious Liability, Breach of Contract or an Autonomous Legal Instrument?", s. 820; Güvenç, "Culpa In Contrahendo Sorumluluğu Bağlamında Sözleşme Görüşmelerinin Kesilmesi", s. 374; Karakurt, "Culpa in Contrahendo", s. 227. "Diğer taraftan taraflar arasında bir hukuki ilişki söz konusu olduğunda, bunun ihlalinin haksız fiil olduğunu söylemek mümkün değildir. Çünkü haksız fiilde, zarar verici davranışın işlendiği aşamada taraflar arasında daha önce kurulmuş bir hukuki ilişki yoktur. Bu sebeple sözleşme görüşmelerindeki bir yüküm ihlali haksız fiil olarak nitelendirilemez. Sözleşme görüşmeleri ile ortaya çıkan güven ilişkisinin ihlaline kıyasen sözleşme hükümlerinin uygulanması daha uygun olacaktır." YHGK E. 2010/13-593, K. 2010/623, T. 01.12.2010; Y. 4. HD, E. 2013/13920, K. 2014/9371, T. 05.06.2014.

¹¹ Ayrancı, "Yetkisiz Temsilcinin Culpa In Contrahendo Sorumluluğu", s. 486; Arkan, "Culpa in Contrahendo Sorumluluğu", s. 71; Bulut, "Sözleşme Görüşmelerinden Doğan Sorumlulukta Tüketici Mahkemelerinin Görevine İlişkin Bir Yargıtay Kararı İncelemesi", s. 329; Durak, "Güven Sorumluluğu ve Culpa In Contrahendo", s. 244; Yürekli, "İş Hukukunda Sözleşme Görüşmelerinden Doğan Sorumluluk (Culpa In Contrahendo)", s. 569.

¹² Diğer ülke mevzuatlarında culpa in contrahendo sorumluluğunun düzenleniş biçimi hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Monsalve-Caballero, "The Legal and Historical Panorama of Culpa in Contrahendo at Contractual Negotiations", s. 132 vd.; Konuya ilişkin ABD Hukuku hakkında ayrıntılı açıklamalar için bkz. Baygın, "Culpa in Contrahendo Sorumluluğu ve Amerikan Hukukundaki Uygulanması", s. 345; Durak, "Güven Sorumluluğu ve Culpa In Contrahendo", s. 364.

yükümlülüklerinden bağımsız ve dürüstlük kuralı gereğince kurulan bir borç ilişkisi oluşturur.¹³

Öğretide¹⁴ sözleşme görüşmelerinde doğan sorumluluğun hukuki niteliği oldukça tartışmalı olmakla birlikte, sözleşmenin kurulmasına ilişkin hazırlık döneminde taraflarca gerçekleştirilecek bazı davranışların bu kapsamda değerlendirilebileceği konusunda genel bir kabul bulunmaktadır. Örneğin sözleşme görüşmelerini yürüten taraflardan birinin, diğer tarafa yanlış veya yanıltıcı bilgi vermesi; vermesi gereken bilgiyi vermemesi; sözleşme yapma iradesi olmamasına rağmen sözleşme görüşmeleri yapması; sözleşme görüşmelerini uygun olmayan bir zamanda kesmesi; koruma yükümlülüklerini ihlal etmesi, doğabilecek zararları engellememesi, gibi davranışların culpa in contrahendo kapsamında değerlendirilebileceği kabul edilmektedir.¹⁵ Taraflar arasında kurulan güven ilişkisinin ihlali, söze veya yazıya yansıyan olumlu davranışlarla ihlal edilebileceği gibi, karşı tarafa

¹³ Arıkan, "Culpa in Contrahendo Sorumluluğu", s. 71; Baygın, "Culpa in Contrahendo Sorumluluğu ve Amerikan Hukukundaki Uygulaması", s. 345; Durak, "Güven Sorumluluğu ve Culpa In Contrahendo", s. 347; Güvenç, "Culpa In Contrahendo Sorumluluğu Bağlamında Sözleşme Görüşmelerinin Kesilmesi", s. 373; Huriye Reyhan Demircioğlu, *Güven Esası Uyarınca Sözleşme Görüşmelerindeki Kusurlu Davranıştan Doğan Sorumluluk (Culpa In Contrahendo Sorumluluğu)*, Ankara: Yetkin Yayıncılık, 2009. s. 72 vd.; Karaahmetoğlu, "Sözleşme Görüşmelerinde Culpa In Contrahendo Açısından Güven Sorumluluğu", s. 523; Sungurbey, *Yetkisiz Temsil: Özellikle Culpa in Contrahendo (Sözleşmenin Görüşülmesinde Kusur) ve Olumsuz Zarar*, s. 102. "Davranış yükümlerinin özü, başkalarını edimle ilgisi olmayan zararlardan uzak tutmada saklıdır. Davranış yükümleri somut edim ilişkisinin amacına uygun bir ifanın gerçekleştirilmesi çıkarına değil, zarardan uzak tutulma çıkarına yönelmiştir." Serozan, "Culpa In Contrahendo", "Akdin Müsbet İhlali" ve "Üçüncü Kişiyi Koruyucu Etkili Sözleşme" Kurumlarının Ortak Temeli: Edim Yükümlerinden Bağımsız Borç İlişkisi", s. 118.

¹⁴ Sözleşme görüşmelerinde doğan sorumluluğun hukuki niteliğine ilişkin tartışmalar hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Adıgüzel, "Sözleşme Görüşmelerinde Kusurlu Davranıştan Doğan Sorumluluk", s. 286; Arıkan, "Culpa in Contrahendo Sorumluluğu", s. 79; Ayhan İzmirli, "Lex Mercatoria'da Culpa in Contrahendo Sorumluluğu" s. 194; Ayan Durhan, "Kendi Kusuruyla Yanılanın Culpa in Contrahendo Sorumluluğu", s. 47; Baygın, "Culpa in Contrahendo Sorumluluğu ve Amerikan Hukukundaki Uygulaması", s. 361; Demircioğlu, *Güven Esası Uyarınca Sözleşme Görüşmelerindeki Kusurlu Davranıştan Doğan Sorumluluk (Culpa In Contrahendo Sorumluluğu)*, s. 41; Durak, "Güven Sorumluluğu ve Culpa In Contrahendo", s. 263; Edlund, "Culpa in Contrahendo: Tortious Liability, Breach of Contract or an Autonomous Legal Instrument?" s. 816; Görener, "Culpa in Contrahendo Sorumluluğu", s. 70; İnan, "Culpa in contrahendo - Mukavele Yapılırken İşlenen Kusurdan Dolayı Mesuliyetin Hukuki Sebeplerini İzah Eden Nazariyeler Üzerinde Mukayeseli Bir Çalışma", s. 1000; Hage-Chahine, "Culpa in Contrahendo in European Private International Law: Another Look at Article 12 of the Rome II Regulation", s. 473; Karakurt, "Culpa in Contrahendo", s. 228; Sağır, "Borçlunun Bildiği Başlangıçtaki İmkansızlığa Bağlanan Butlan Yaptırımının Culpa in Contrahendo ile Daraltılması", s. 235; Yürekli, "İş Hukukunda Sözleşme Görüşmelerinden Doğan Sorumluluk (Culpa In Contrahendo)", s. 544.

¹⁵ Adıgüzel, "Sözleşme Görüşmelerinde Kusurlu Davranıştan Doğan Sorumluluk", s. 293; Arıkan, "Culpa in Contrahendo Sorumluluğu", s. 71, 77, 78; Edlund, "Culpa in Contrahendo: Tortious Liability, Breach of Contract or an Autonomous Legal Instrument?", s. 817; Günenç, s. 386; Yürekli, "İş Hukukunda Sözleşme Görüşmelerinden Doğan Sorumluluk (Culpa In Contrahendo)", s. 559.

açıklanması gereken bir hususun açıklanmaması suretiyle gerçekleştirilen eylemsizliklerle de ortaya çıkarılabilir.

Sözleşme görüşmelerinden doğan sorumluluğunun unsurları, diğer sorumluluk türlerinin varlığı açısından da varlığı aranan kusur, zarar ve nedensellik bağıdır. Yargıtay¹⁶ bu sorumluluk türünü diğerler sorumluluklardan ayıran özel şartın “*normatif anlamda korunmaya değer güvenin ihlal edilmesi*” cümlesinden yola çıkılarak tespit olunabileceğinin altını çizmektedir. Sorumluluğun varlığı açısından aranan güven ilişkisinin, sadece sözleşme görüşmesi yürütmekten ibaret davranışlarla oluşması mümkündür.

Güvenin boşa çıkarılması sebebiyle culpa in contrahendo sorumluluğunun doğabilmesi için, güven konusunun objektif bakımdan güven uyandırmaya elverişli olması gerekir. Ancak bu güvenin hukuk düzeni tarafından “*korunmaya değer olması*” da aranan bir diğer şarttır. Yani güven konusu, ortalama, makul ve dürüst bir kişide güven uyandıracak nitelikteyse, hukuk düzeni bu güveni, haklı güven olarak değerlendirir ve koruma altına alır.¹⁷ İhlal edilen güvenin korunmaya değer olup olmadığı her somut uyuşmazlık açısından bütün koşullar değerlendirilerek belirlenecektir.¹⁸

II. ARABULUCUNUN SÖZLEŞME GÖRÜŞMELERİNDE DİKKAT ETMESİ GEREKEN HUSUSLAR

Öğretide¹⁹, arabulucunun HUAK’tan ve Etik Kuralardan kaynaklanan yükümlülüklerini ihlal etmesi sonucunda doğan zararların sözleşmeye aykırılık, haksız fiil ve sözleşme görüşmelerinden doğan güven ilişkisine aykırılığa dayalı olarak tazmin edilebileceği kabul edilmektedir. HUAK’da ve konuya ilişkin diğer mevzuatta, arabulucunun ihtiyari veya dava şartı arabuluculuk faaliyetinden kaynaklanan hukuki (tazminat) sorumluluğuna ilişkin bir hüküm bulunmamaktadır. Bu durumda arabulucunun sebep

¹⁶ YHGK, E. 2019/435, K. 2022/352, T. 22.03.2022.

¹⁷ Demircioğlu, *Güven Esası Uyarınca Sözleşme Görüşmelerindeki Kusurlu Davranıştan Doğan Sorumluluk (Culpa In Contrahendo Sorumluluğu)*, s. 179; Güvenç, s. 382.

¹⁸ Gezder, *Türk/İsviçre Hukukunda Culpa in Contrahendo Sorumluluğu*, s. 115.

¹⁹ Betül Azaklı Arslan, “Zorunlu Arabuluculuk Faaliyetinin Niteliği Bakımından Arabulucunun Hukuki Sorumluluğu”, *Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 8/1 (2018), s. 210; Orhan Dür, *Arabuluculuk Faaliyeti ve Arabuluculukların Hak ve Yükümlülükleri*, B. 2. Ankara: Adalet 2018, s. 465; Elif Kısmet Kekeç, *Arabuluculuk Yoluyla Uyuşmazlık Çözümünde Temel Aşamalar ve Taktikler*, B. 3, Ankara: Adalet 2016 s. 211; Michael Moffitt, “*Suing Mediators*”, *Boston University Law Review*, 83/147 (2003), s. 168.

olduğu zararların tazmini konusunda borçlar hukukunun genel kurallarının uygulanması zorunludur.²⁰

Arabulucunun sözleşme görüşmelerinden doğan sorumluluğunda, kurulması için görüşmelerin yürütüldüğü sözleşme, arabulucu sözleşmesidir. Arabulucu sözleşmesi, aralarındaki uyuşmazlığı arabuluculuk yoluyla çözmeyi -en azından uyuşmazlığı bu yolla çözmeyi denemeyi-kararlaştıran tarafların, arabulucuyla (veya eş arabulucularla) yaptıkları ve arabulucunun uyuşmazlığın taraflarına arabuluculuk etmeyi yükümlendiği; buna karşılık uyuşmazlığın taraflarının (veya sadece taraflardan birinin) arabulucuya ücret ödemeyi borçlandığı sözleşme olarak tanımlanabilir.²¹ Arabulucu sözleşmesinin esaslı unsurları, arabulucu tarafından arabuluculuk görevinin gerçekleştirilmesi, bunun karşılığında uyuşmazlığın taraflarının (veya taraflardan sadece birinin) ücret ödemesi ve son olarak da sözleşmenin taraflarının anlaşmasıdır.

Eş arabuluculuk, uyuşmazlığın çözümü için birlikte arabuluculuk faaliyeti gösteren iki veya daha fazla arabulucuyu ifade etmek için kullanılan bir terimdir.²² Uyuşmazlığın taraflarının aralarındaki hukuki meseleyi, eş arabulucular tarafından yürütülecek bir arabuluculuk faaliyetiyle çözüme ulaştırmayı tercih etmeleri durumunda; eş arabulucuların her biri, arabulucu sözleşmesine taraf olacaktır.

Bu sözleşmenin kurulması sırasında eş arabulucuların birlikte sözleşme müzakerelerini yürütmeleri söz konusu olabileceği gibi; uyuşmazlığın taraflarıyla eş arabulucuların ayrı ayrı sözleşme görüşmeleri yapmalarının da önünde bir engel yoktur. Ayrıca eş arabulucuların kendi aralarında geçerli bir

²⁰ Öğretide arabulucunun hukuki sorumluluğunun, özellikle dava şartı arabuluculuk bağlamında, yasal zemine oturtulması ve konuya ilişkin açıklık getirilmesi gerekliliğinin altı çizilmiştir. Süha Tanrıver, "Dava Şartı Arabuluculuk Üzerine Bazı Düşünceler", TBBD, 147 (2020), s. 126; Azaklı Arslan, "Zorunlu Arabuluculuk Faaliyetinin Niteliği Bakımından Arabulucunun Hukuki Sorumluluğu", s. 218.

²¹ Öğretide yapılan benzer tanımlar için bkz. Azaklı Arslan, "Zorunlu Arabuluculuk Faaliyetinin Niteliği Bakımından Arabulucunun Hukuki Sorumluluğu", s. 211; Emel Badur, "Arabulucu Sözleşmesi", Terazi Hukuk Dergisi, 15/162 (2020), s. 249; Emel Badur, "Arabuluculuk Anlaşma Belgesinin Borçlar Hukuku Açısından Değerlendirilmesi", Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi, 18 (2021), s. 54; Ömer Ekmekçi vd., *Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk*, B. 2, İstanbul: On İki Levha 2019, s. 57; Amanda First, "A New Agreement to Mediate: Guidelines for Ethical Practice in the Digital Space", Harvard Negotiation Law Review, 23 (2017), s. 412, 413; Andy Grossman, *Good Practice Guide: Mediation*, London: Riba 2009, s. 22, 23; Ahmet M. Kılıçoğlu, *Arabuluculuk Sözleşmeleri*, Ankara: Turhan 2020, s. 85.

²² Konu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Seda Özmumcu, "Hukuk Uyuşmazlıklarının Çözümünde Eş Arabuluculuk (Co-Mediation) Modelinin Değerlendirilmesi", Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 13/161 (2018), s. 9-36.

temsil ilişkisinin varlığı halinde, eş arabuluculardan biri de diğeri (veya diğeri) adına eş arabuluculuk sözleşmesinin görüşmelerini yürütebilir. Eş arabulucular tarafından sürdürülen sözleşme görüşmelerinden doğan zararların tazmin edilmesi için, ihlal edilen güven ilişkisini kuran ve kusurlu bir şekilde bu güveni ihlal eden arabulucunun sorumlu tutulması gerekir.

Arabulucunun HUAK'tan ve Etik Kurallardan kaynaklanan yükümlülüklerinin bir kısmı arabuluculuk sürecinin başlamasından ve arabulucu sözleşmesinin kurulmasından önce başlamaktadır. Örneğin arabulucunun görevi ifa ederken, arabuluculuğun temel ilkeleri olan tarafsızlığın sağlanmasına ve taraflar arasında eşitliğin gözetilmesine özen göstermesi gerekir.²³ Arabulucunun tarafsızlığı, sadece arabuluculuk sürecinin tümünde değil; sürecin başlamasından önce de sergilenmesi ve korunması gerekli bir hukuki beklentidir. Arabulucunun tarafsızlığından anlaşılması gereken, arabulucunun söz konusu faaliyeti yürütürken, kullanılacak yöntemi belirlerken veya uyuşmazlığa ilişkin çözüm seçeneklerini değerlendirirken, uyuşmazlığın tüm taraflarına eşit mesafede olması ve tarafsızlığına gölge düşürebilecek tutum ve davranışlardan kaçınmasıdır.²⁴

HUAK'ın 9/3. (Yönetmeliğin 11/4.) maddesi gereğince arabulucu, taraflar arasında eşitliği gözetmekle yükümlüdür. Bu yükümlülük Yönetmeliğin 5/2. maddesinde yer verilen *"Taraflardan biri arabuluculuk sürecinin dışında bırakılmayacağı gibi söz hakkı da diğerine göre kısıtlanamaz."* kuralıyla da pekiştirilmiştir. Etik Kuralların 1. maddesinde yerini alan eşitliği gözetme yükümlüğü, uyuşmazlığın taraflarının gereksinimleri doğrultusunda adil olunmasını kapsayacak genişliktedir. Bu yükümlülük, arabulucu sözleşmesinin kurulmasına ilişkin görüşmeler sırasında da arabulucunun omuzları üzerindedir.

²³ Arabulucunun tarafsız ve eşitliği gözetir şekilde davranmasının sağlanması amacıyla, Etik Kuralların 4. maddesinde, arabulucu ile uyuşmazlığın tarafları arasında, herhangi bir menfaat ilişkisi veya çatışmasının bulunmaması gerektiği ifade edilmiştir. Bu menfaat ilişkisi veya çatışması, arabulucu sözleşmesinin akdedilmesinden önceye dayanmamalıdır. Başka bir ifade ile arabulucu uyuşmazlığın taraflarıyla arasında bir menfaat ilişkisi veya çatışması varsa, arabulucu sözleşmesi kurmaya yanaşmamalı, hatta bu durumu fark ettikten sonra sözleşme görüşmelerini sürdürmemelidir.

²⁴ Konu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Seda Özmumcu, *"Arabuluculukta Tarafsızlık İlkesinin Görünümü ve Etik Kurallar Çerçevesinde Değerlendirilmesi"*, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 10/1 (2019), s. 263 vd.

A. Arabulucunun Uyuşmazlığın Hukuki Niteliğini Belirlemesi

Taraflar arasındaki uyuşmazlığın arabuluculuk yoluyla çözümlenmeye uygun olup olmadığını değerlendirme yükümlülüğü arabulucudadır. Arabulucu, uyuşmazlığın taraflarıyla arabulucu sözleşmesini kurmadan önce, uyuşmazlığın arabuluculukla çözümlenmeye elverişli olup olmadığını değerlendirmeli; elverişli olduğu kanaatine varırsa, sözleşmeyi akdetmelidir. Aksi halde taraflar, arabuluculuk yoluyla çözüme kavuşturmalarına hukuken imkan bulunmayan bir uyuşmazlığı, bu yolla çözmek için zaman kaybedecek ve harcama yapacaklardır. Uyuşmazlığın arabuluculuk yoluyla çözümlenmeye uygun olmadığını fark ettiği halde, sözleşme görüşmelerini bu nedenle sonlandırmayan veya arabulucu sözleşmesine taraf olan arabulucu, sözleşme görüşmelerinden doğan zararlardan sorumlu olur.

HUAK'ın 1/2. maddesinde yer verilen *“yabancılık unsuru taşıyanlar da dahil olmak üzere, ancak tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri iş veya işlemlerden doğan özel hukuk uyuşmazlıklar”* ifadesi, arabuluculukla çözüme kavuşturulabilecek uyuşmazlıkların kapsamının belirlendiği temel yasal düzenlemedir. Ayrıca aynı maddede aile içi şiddet iddiasını içeren uyuşmazlıkların arabuluculuğa elverişli olmadığı da belirtilmek suretiyle kapsama ilişkin belirlemeler tamamlanmıştır.²⁵ Arabulucunun, arabulucu sözleşmesine ilişkin görüşmeleri yürütürken yoğunlaşması gereken öncelikli husus, taraflar arasındaki uyuşmazlığın anılan madde kapsamında değerlendirilmeye uygun olup olmadığını belirlemesidir.

Arabulucunun HUAK kapsamında olmayan bir uyuşmazlığa ilişkin olarak arabuluculuk etmeyi üstlendiği bir durumda, Kanun çerçevesinde geçerli bir arabuluculuk faaliyeti yürütülmediğinden, Kanun'un 16/2. maddesinde kaleme alınan *“Arabuluculuk sürecinin başlamasından sona ermesine kadar geçirilen süre, zamanaşımı ve hak düşürücü sürelerin hesaplanmasında dikkate alınmaz.”* hükmü uygulama alanı bulamayacak ve taraflar bu nedenle de zarara uğrayabileceklerdir.²⁶ Tarafların zamanaşımı veya hak düşürücü süreleri kaçırılmaları nedeniyle uğradıkları zararların arabulucunun culpa in contrahendo sorumluluğu çerçevesinde tazmininin talep edilmesi mümkündür.

²⁵ Doğa Ekrem Doğancı, *“Karşılaştırmalı Olarak Alman ve Türk Hukukunda Arabuluculuğa Konu Yönünden Elverişlilik İncelemesi”*, Sakarya Hukuk Dergisi, 1/2 (2013), s. 93-118.

²⁶ Dava şartı arabuluculuk açısından da benzer bir hüküm HUAK'ın 18/B/15. maddesinde *“Arabuluculuk bürosuna başvurulmasından son tutanağın düzenlendiği tarihe kadar geçen sürede zamanaşımı durur ve hak düşürücü süre işlemez.”* ifadesi kullanılarak düzenlenmiştir.

Buna karşılık arabulucunun uyuşmazlığın taraflarıyla yaptığı sözleşme görüşmelerinde kendinden beklenen gerekli özeni göstermesine rağmen, uyuşmazlığın arabuluculuğa elverişli olmadığı, arabulucu sözleşmesi kurulduktan ve arabuluculuk faaliyeti başladıktan sonra ortaya çıkması da olasılık dahilindedir. Uyuşmazlığın arabuluculuğa elverişli olmadığı, arabulucuya yüklenecek bir kusur olmaksızın, sonradan ortaya çıkması halinde; arabulucu, arabuluculuğu sona erdirir. Böyle bir durumda kusuru bulunmayan arabulucunun, sözleşme görüşmelerinden doğan zararlardan sorumlu tutulamayacağı da açıktır. Hatta Arabuluculuk Asgari Ücret Tarifesinin 4/2. maddesinde böyle bir durumda arabulucunun tam ücrete hak kazanacağı düzenlenmiştir.²⁷

Arabulucunun uyuşmazlığın hukuki niteliğine ilişkin olarak tespit etmesi gereken tek husus, bu uyuşmazlığın arabuluculuk yoluyla çözümlenmeye elverişli olup olmaması hakkındadır. Taraflar arasındaki uyuşmazlığın arabuluculuğa elverişli olması önkoşuluyla, arabulucu bu uyuşmazlığın dava şartlarından birinin kapsamında olup olmadığını da belirlemekle yükümlüdür. Örneğin işçinin iş kazası nedeniyle uğradığı zararlarının tazminine ilişkin olarak işvereniyle yaşadığı uyuşmazlık, HUAK kapsamında arabuluculuğa elverişli olmakla birlikte; İş Mahkemeleri Kanunu'nun 3/3. maddesi gereğince dava şartı arabuluculuk kapsamında değildir. İşçinin bu uyuşmazlığın dava şartı kapsamında olduğunu sanarak arabulucuyla sözleşme görüşmelerini başlatması durumunda; arabulucu, aydınlatma yükümlülüğü kapsamında uyuşmazlığın arabuluculukla çözümlenmeye elverişli olduğu halde, dava şartı arabuluculuk kapsamında olmadığını açıklamalıdır.²⁸

Eğer taraflar arasındaki uyuşmazlık dava şartlarının birden fazlasını ilgilendiriyorsa, uyuşmazlığın hangi dava şartı kapsamında değerlendirilmesi gerektiğinin tespiti arabulucu tarafından yapılacaktır.²⁹

²⁷ "Arabuluculuk faaliyetine başlandıktan sonra, uyuşmazlığın arabuluculuğa elverişli olmadığı hususu ortaya çıkar ve bu sebeple arabuluculuk faaliyeti sona erdirilir ise sonradan ortaya çıkan bu durumla ilgili olarak eğer arabulucunun herhangi bir kusuru yoksa arabuluculuk faaliyetini yürütme görevini kabul eden arabulucu, bu Tarife hükümleri ile belirlenen ücretin tamamına hak kazanır."

²⁸ "Dava şartı arabuluculuk kapsamındaki bir uyuşmazlıkta, arabuluculuk bürosu tarafından görevlendirilen arabulucunun uyuşmazlığın dava şartı kapsamında olup olmadığını ve türünü resen araştırması gerekir." ifadesiyle aynı yönde bkz. Nesibe Kurt Konca, "Arabuluculukta Özel Uzmanlık Uygulamasına İlişkin Bazı Değerlendirmeler", Adalet Dergisi, 68 (2022), s. 402.

²⁹ Arabuluculuk Daire Başkanlığı, "Bir Uyuşmazlığın Dava Şartı Kapsamında Olup Olmadığı ve Uyuşmazlık Türünün Belirlenmesine İlişkin Görüş" başlıklı ve 26.02.2021 tarihli yazısında konuya ilişkin görüşünü "HUAK uyarınca arabuluculuk faaliyetini yürütme yetkisine sahip olan arabulucunun, gerek mesleki kademi, gerek almış olduğu arabuluculuk temel eğitimi ve

Arabulucu, bu değerlendirmesinin sonucunu, henüz arabulucu sözleşmesi kurulmadan önce, aydınlatma yükümlülüğü kapsamında taraflara da bildirmelidir. Söz konusu bilgilendirmenin yapılmaması, arabulucunun sözleşme görüşmelerinden doğan sorumluluğuna sebep teşkil edebilir.³⁰ Özellikle Türk Hukuku'nda uyuşmazlığın taraflarının avukatla temsil zorunluluklarının bulunmadığı da göz önünde bulundurulduğunda, dava şartı arabuluculuk alanları bakımından başvuruda yaptıkları yanlış alan tespitlerinin ve bu nedenle ortaya çıkması muhtemel zararların sonuçlarının, uyuşmazlığın tarafları üzerinde bırakılması adil olmayacaktır.³¹

Örneğin iki tacir arasındaki işyeri kirasından kaynaklanan kira bedeli alacağına ilişkin uyuşmazlığın, ticaret hukukuna mı yoksa kira sözleşmelerine ilişkin dava şartına mı tabi olduğunu belirleme yetkisi arabulucuya tanınmıştır. Bir uyuşmazlığın hangi dava şartı kapsamında olduğunun belirlenmesinin birden fazla açıdan hukuki önemi vardır. Bunlardan ilki arabulucunun süreci yürütürken uymakla yükümlü olduğu azami sürelerin belirlenmesinde ortaya çıkar. Türk Ticaret Kanunu'nun (TTK) 5/A/2. maddesi kapsamında yürütülen dava şartı arabuluculuk faaliyetlerinde arabulucu, yapılan başvuruyu görevlendirildiği tarihten itibaren altı hafta içinde sonuçlandırır. Ancak bu sürenin zorunlu hallerde arabulucu tarafından en fazla iki hafta uzatılabileceği de maddede belirtilmiştir. Buna karşılık HUAK'ın "Dava şartı olarak arabuluculuk" kenar

gerke uzmanlık eğitimi doğrultusunda uyuşmazlık türü ile ilgili hukuki değerlendirme yaparak söz konusu uyuşmazlık türünün hangi hukuki alana girdiğini (Ticaret, İş ve Tüketici Hukuku) tespit etmesi gerektiği değerlendirilmektedir." ifadesiyle açıklamıştır. <https://adb.adalet.gov.tr/Resimler/SayfaDokuman/2622021151134Bir%20Uyu%C5%9Fmazl%C4%B1%C4%9F%C4%B1n%20Dava%20%C5%9Eart%C4%B1%20Kapsam%C4%B1nda%20Olup%20Olmad%C4%B1%C4%9F%C4%B1%20Ve%20Uyu%C5%9Fmazl%C4%B1k%20T%C3%BCr%C3%BCn%C3%BCn%20Belirlenmesine%20%C4%B0li%C5%9Fkin%20G%C3%B6r%C3%BClmesi.pdf>

³⁰ Öğretide dava şartı kapsamındaki uyuşmazlıklarda arabulucunun büro tarafından atandığı durumlarda, uyuşmazlığın taraflarının uğradıkları zararların tazmini talebiyle açılacak tazminat davalarının -arabulucunun kusuru olsa bile- devlet aleyhine açılması gerektiğine dair bir görüş de ileri sürülmüştür. Azaklı Arslan, "Zorunlu Arabuluculuk Faaliyetinin Niteliği Bakımından Arabulucunun Hukuki Sorumluluğu", s. 218; İbrahim Ermenek, "Dava Şartının Arabulucu Tarafından Kendiliğinden Dikkate Alınması Sorunu ve Bu Kapsamda Yapılan Hataların Düzeltilmesi", Yargıtay Dergisi, 46/4 (2020), s. 1054; Süha Tanrıver, *Hukuk Uyuşmazlıkları Bağlamında Arabuluculuk*, B. 2, Ankara: Yetkin 2022, s. 170-171. Kurt Konca böyle bir durumda Adalet Bakanlığının birinci derecede, arabulucunun ise ikinci derecede sorumlu olmaları gerektiğini; Bakanlık tarafından arabulucuya yöneltilen rücu talebinde, arabulucunun ancak açık bir kanun hükmüne aykırı davranışının bulunması halinde sorumlu tutulabileceğini belirtmektedir. Kurt Konca, "Arabuluculukta Özel Uzmanlık Uygulamasına İlişkin Bazı Değerlendirmeler", s. 397.

³¹ Aynı yönde bkz. Kurt Konca, "Arabuluculukta Özel Uzmanlık Uygulamasına İlişkin Bazı Değerlendirmeler", s. 402.

başlıklı 18/A/9. maddesinde diğer dava şartı hallerini kapsayacak şekilde, “Arabulucu, yapılan başvuruyu görevlendirildiği tarihten itibaren üç hafta içinde sonuçlandırır. Bu süre zorunlu hallerde arabulucu tarafından en fazla bir hafta uzatılabilir.” kuralına yer verilmiştir.

Arabulucunun taraflar arasındaki uyuşmazlığın dava şartı arabuluculuk türlerinden hangisine dahil olduğunu belirlemesinin bir diğer önem taşıdığı nokta, arabulucunun ücretinin Arabuluculuk Asgari Ücret Tarifesi üzerinden ödenmesi durumunda ortaya çıkar. Arabuluculuk Asgari Ücret Tarifesinde konusu para olmayan veya para ile değerlendirilemeyen hukuki uyuşmazlıkların arabuluculuk yoluyla çözüme kavuşturulmasının sağlanması halinde arabulucuya ödenecek saatlik ücretler belirlenirken, uyuşmazlıkların konusuna (hukuki niteliğine) göre bir sınıflandırma yapılmıştır. Bu nedenle arabulucu tarafından uyuşmazlığın hangi dava şartı kapsamında yer aldığı belirlenmesi, uyuşmazlığın taraflarının Arabuluculuk Asgari Ücret Tarifesi üzerinden ödeyecekleri ücrete ilişkin aydınlatmanın içeriğine de etki edecektir.

Arabuluculuk Daire Başkanlığı “Arabuluculuk Dosya Türü Değişikliğinde Mahkemelerin Arabuluculuk Sürecini Görebilmeleri Hakkında Görüş”³² başlıklı bilgilendirmesinde, konuya ilişkin bakış açısını şu şekilde ifade etmiştir: “Bir uyuşmazlıkla ilgili yapılan arabuluculuk başvurusunun, gerek ticari, gerek iş ve gerekse tüketici uyuşmazlığı adı altında yürütülüp, görüşme sonunda anlaşma olarak sonlandırılmasının ardından, o uyuşmazlıkla ilgili, arabuluculuk süreci tamamlanmış olacağından, açılacak olan dava, hangi görevli mahkemede açılırsa açılsın, söz konusu uyuşmazlıkla ilgili dava şartının yerine getirilmiş olacağı, bu şekilde yapılacak değerlendirmenin usul ekonomisi de uygun olacağı düşünülmektedir.”

B. Arabulucunun Uyuşmazlığın Uzmanlığı Gerektirip Gerektirmediğini Belirlemesi

HUAK'ta ve konuya ilişkin diğer düzenlemelerde ihtiyari arabuluculuk vasıtasıyla çözüme ulaştırılmak istenen uyuşmazlıkların konusu açısından, arabulucunun özel bir uzmanlığa sahip olması şartı aranmamıştır. Ancak dava şartı arabuluculuk kapsamında yürütülecek arabuluculuklar açısından önem taşıyan bir konu da arabulucunun uyuşmazlığın konusuna ilişkin uzmanlığı meselesidir. HUAK'ın “Dava şartı olarak arabuluculuk” kenar başlıklı 18/A/3. maddesinde “Daire Başkanlığı, sicile kayıtlı arabuluculardan bu

³²<https://adb.adalet.gov.tr/Resimler/SayfaDokuman/532021164348adbg%C3%B6r%C3%BC%C5%9F1.pdf>

madde uyarınca arabuluculuk yapmak isteyenleri, varsa uzmanlık alanlarını da belirterek, görev yapmak istedikleri adli yargı ilk derece mahkemesi adalet komisyonlarına göre listeler ve listeleri ilgili komisyon başkanlıklarına bildirir." ifadesi kullanılarak -çok da açık olmamakla birlikte- dava şartı kapsamında kalan uyuşmazlıklar için uzman arabulucuların³³ görev yapabileceği düzenlenmiştir. HUAK'ın 18/A/5. maddesinde ise bu çıkarımı destekler nitelikte olarak, dava şartı kapsamındaki uyuşmazlıklar için arabulucunun, komisyon başkanlıklarına bildirilen listeden büro tarafından belirleneceği³⁴ veya tarafların listede yer alan bir arabulucu üzerinde anlaşmaları halinde bu arabulucunun görevlendirileceği kaleme alınmıştır.

Yukarıda açıklanan düzenlemeler birlikte ele alındığında, dava şartı arabuluculukların, ancak uzman arabulucular tarafından gerçekleştirilebileceği sonucuna varılmaktadır. Böyle bir durumda arabulucu sözleşmesine taraf olan arabulucunun sadece sicile kayıtlı olması yetmeyecek; aynı zamanda uzman arabulucular listesinde yer alması da gerekecektir. Başka bir ifadeyle dava şartı kapsamında bir uyuşmazlığa arabuluculuk edecek kişinin, listeye kayıtlı arabulucular arasından büroca atanması veya taraflarca seçilmesi gerekir.

Sonuç olarak, uzman arabulucu listesine kayıtlı olmayan bir arabulucunun, dava şartı arabuluculuk yapmak için kurduğu arabulucu sözleşmesi, kanunun emredici hükmüne aykırılık nedeniyle kesin hükümsüzlük yaptırımıyla karşılaşacaktır.³⁵ Uyuşmazlıkları dava şartı kapsamında yer alan tarafların, uzman arabulucular listesinde yer almayan bir kişiyi arabulucu olarak seçmeleri ve bu kişiyle arabulucu sözleşmesine ilişkin görüşmeleri başlatmaları halinde, culpa in contrahendo sorumluluğundan kaçınmak isteyen arabulucunun, taraflara söz konusu sözleşmeyi akdetmeye ehil olmadığını derhal açıklaması gerekir.

C. Arabulucunun Tarafları Aydınlatması

Sözleşme görüşmelerini yürüten tarafların her biri, karşı tarafın sözleşmenin kurulması veya koşullarıyla ilgili kararını etkileyecek tüm

³³ Uzman arabulucu kavramı, mevzuatta tanımlanmamış olmakla birlikte; öğretide "nitelik ve özellikleri itibarıyla birbirine benzeyen uyuşmazlıkların arabuluculuk yoluyla çözümünde, bu uyuşmazlığa özgü yöntemleri bilen, uygulayan ve geliştirme kapasitesine sahip olan arabulucular" ifadesiyle tanımlanmıştır. Konu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Kurt Konca, "Arabuluculukta Özel Uzmanlık Uygulamasına İlişkin Bazı Değerlendirmeler", s. 370.

³⁴ Bu hüküm Yönetmeliğin 24/1. maddesinde yer alan "Dava şartı olan arabuluculuk ile ilgili uyuşmazlıklarda liste dışında bir arabulucu görevlendirilemez" ifadesiyle de güçlendirilmiştir.

³⁵ Badur, "Arabulucu Sözleşmesi", s. 251.

konular hakkında doğru bilgi vermek ve açıklamada bulunmak zorundadır. Başka bir ifadeyle bilgi verme (aydınlatma), aslında sadece arabulucunun mevzuattan kaynaklanan bir yükümlülüğü değil; sözleşme kurma aşamasının da bir gerekliliğidir.

HUAK'ın 11. maddesinde “*Arabulucu, arabuluculuk faaliyetinin başında, tarafları arabuluculuğun esasları, süreci ve sonuçları hakkında gerektiği gibi aydınlatmakla yükümlüdür.*” ifadesine yer verilmiştir. Üstünde durulması gerekli nokta, yasa koyucu tarafından kullanılan “*arabuluculuk faaliyetinin başında*” belirlemesinden anlaşılması gerekenin, arabulucu sözleşmesinin kurulmasının öncesi mi sonrası mı olduğu meselesidir. Zira bu belirlemeye göre, arabulucunun aydınlatma yükümlülüğü, ya sözleşme öncesi görüşmeler kısmına ya da sözleşmeden kaynaklanan yükümlülüklerle dahil olacaktır.

Arabulucunun adalete erişim yollarında üstlendiği görevin önemi dikkate alındığında, aydınlatma yükümlülüğünü sadece sözleşmenin kurulmasından sonraya bırakılacak bir edim olarak nitelemek, arabuluculuk kurumunun işlevi ve sonuçları açısından uygun bir tercih olmayacaktır. Sonuç olarak arabulucu, uyuşmazlığın taraflarını, arabuluculuk faaliyeti ve hukuki sonuçları hakkında sözleşme görüşmeleri sırasında da bilgilendirmelidir. Dava şartlarının yürürlüğe girmesiyle birlikte, arabulucunun aydınlatma yükümlülüğü daha da önem kazanmıştır.

Arabulucunun tarafları aydınlatma yükümlülüğünün sözleşme görüşmeleri sırasında başladığına ilişkin yasal dayanağa, çok açık olmasa da HUAK'ın 9/2. maddesinde rastlanabilir. Yasa koyucu anılan hükümde, arabulucunun tarafsızlığından şüphe edilmesini gerektirecek önemli hal ve şartların varlığı halinde, arabulucunun uyuşmazlığın taraflarını bu konuda bilgilendirmekle yükümlü olduğu düzenlenmiştir. Maddenin devamında yer verilen “*Bu açıklamaya rağmen taraflar, arabulucudan birlikte talep ederlerse, arabulucu bu görevi üstlenebilir yahut üstlenmiş olduğu görevi sürdürebilir.*” ifadesi, konuya ilişkin aydınlatmanın, sözleşme görüşmeleri sırasında -yani sözleşmenin kurulmasından önce- yapılmasının zorunlu olduğunu ortaya koymaktadır.

Aydınlatma yükümlülüğü, Yönetmeliğin 13/1. maddesi gereğince arabulucu tarafından şahsen ifa edilmelidir. Yönetmeliğin 13/2. maddesinde aydınlatma yükümlülüğünün kapsamının açıklanması amacıyla, arabuluculuk yoluyla çözümlenen hukuki uyuşmazlıklar ve arabuluculuk faaliyeti sonucunda tarafların anlaşmaya varması durumunda düzenlenecek

olan anlaşma belgesi ile icra edilebilirliğin nitelik ve hukuki sonuçlarının da aydınlatmaya dahil edilmesi gerekliliğinin altı çizilmiştir.

Arabuluculuğun temel ilkeleri gereğince, sürecin sürdürülmesi ve uyuşmazlığın çözümü uyuşmazlığın taraflarının kontrolindedir ve bu kontrol ancak arabulucu tarafından yapılan aydınlatmayla sağlanabilir. Nitekim Etik Kuralların 2/3. maddesinde arabulucuya karar verme yetkisinin kendisinde değil; taraflarda olduğu hususunu vurgulama yükümlüğü getirilmiştir. Arabulucunun aydınlatma yükümlülüğü kapsamında eksik bilgi vermesinin yanı sıra yanlış bilgi vermesinin de culpa in contrahendo sorumluluğuna yol açacağı belirtilmelidir. Sorumluluğun doğabilmesi için yanlış veya yanıltıcı bilgi verenin kusurlu olması gerekir. Ancak arabulucunun, aldığı eğitim ve başarılı bulunduğu bir sınav sonucunda bu faaliyeti yürüttüğü göz önünde bulundurulduğunda, arabuluculuk faaliyetine ilişkin olarak yanlış veya yanıltıcı bilgi verdiği hallerde kusurlu olduğu kabul edilebilir.

D. Arabulucunun Sır Saklaması

Arabuluculuk sürecinin taraflarına sağladığı en önemli avantajlardan biri olan gizlilik ilkesinin³⁶ teminatını teşkil eden arabulucunun sır saklama yükümlülüğünün de henüz arabuluculuk sürecinin başlamasından önce elde edilen sırları da kapsadığına dair bir şüphe bulunmamaktadır. Arabulucunun sır saklama yükümlülüğü, HUAK'ın 4/1. maddesinde "*Taraflarca aksi kararlaştırılmadıkça arabulucu, arabuluculuk faaliyeti çerçevesinde kendisine sunulan veya diğer bir şekilde elde ettiği bilgi ve belgeler ile diğer kayıtları gizli tutmakla yükümlüdür.*" şeklinde ifade edilmiştir. Yönetmeliğin 6/3. maddesinde bu yükümlülüğün, arabulucunun yanında çalışan kişiler, denetim ve gözetimi altında ilgili mevzuat çerçevesinde staj yapanlar için de geçerli olacağı açıklanmıştır.

Arabulucunun sır saklama yükümlülüğü, arabulucu sözleşmesinin sona ermesi, arabulucunun bu unvanı kaybetmesi, uyuşmazlığın taraflarının ölmesi veya tüzel kişiliği kaybetmesi gibi nedenlerle son bulmaz. Örneğin arabulucu sözleşmesinin kurulmasına ilişkin görüşmeler esnasında öğrendiği ticari sırları alenileştiren arabulucunun, alenileşen ticari sır uyuşmazlığın taraflarına aitse taraflara; sır üçüncü kişilere aitse bu kişilere karşı tazminat sorumluluğu doğar. Sözleşme görüşmelerine katılan taraflar uğradıkları zararların tazminine ilişkin taleplerini culpa in contrahendo sorumluluğuna

³⁶ Konu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Umut Ozan Erginer, "*Arabuluculuk ve Gizlilik*", Antalya Bilim Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 5/9 (2017), s. 73-98.

dayandırabilirlerken; üçüncü kişiler haksız fiil sorumluluğu kapsamında zararlarının tazmini yoluna başvurabilirler.

III. ARABULUCUNUN SÖZLEŞME GÖRÜŞMELERİNDEN DOĞAN ZARARLARI TAZMİNİ

Sözleşme görüşmelerinden doğan sorumluluğunun hukuki sonucu, kusurlu davranışıyla zarara sebebiyet veren arabulucunun tazminat ödeme yükümlülüğü olarak ortaya çıkmaktadır. Tazmin edilmesi gereken zarar genellikle kişilerin malvarlığı değerlerine ilişkin, maddi zararlardır. Ancak koşulların varlığı halinde, arabulucunun sözleşme görüşmelerinde sergilediği kusurlu davranış sonucunda ortaya çıkan manevi zararları da tazmin etmesi gerekir. Örneğin arabulucunun, uyuşmazlığın taraflarına dair edindiği sırları arabulucu sözleşmesinin görüşmeleri sürerken yeterince saklamaması halinde, tarafların manevi zarara uğramaları da söz konusu olabilir.³⁷ Arabulucunun sözleşme görüşmelerinde edindiği sırrı açıklanmasıyla bir kazanç elde edilmişse, elde edilen kazancın iadesi de arabulucudan talep olunabilir.³⁸

Öğretide³⁹ culpa in contrahendo sorumluluğu çerçevesinde tazmini gereken asıl zararın, ifa menfaatinin karşılanamamasından değil; taraflardan birinin sözleşmenin kurulacağına dair duyduğu haklı güvenin boşa çıkmasından kaynaklanan menfi (olumsuz) zarar olduğu belirtilmektedir. Diğer bir ifadeyle bu durumda korunan menfaat, sözleşme görüşmelerinin hiç başlamamasına veya sözleşmenin kurulacağına dair güvenin hiç

³⁷ Yargıtay önüne gelen uyuşmazlıkta culpa in contrahendo sorumluluğu kapsamında, manevi zararların da tazmininin mümkün olduğunu şu ifadelerle özetlemiştir: "Sözleşme görüşmeleri sırasında doğan koruma yükümlülüklerinin bir bölümü, diğer tarafın kişilik değerlerine zarar vermemek için gerekli dikkat ve özeni gösterme yükümlülüğü şeklinde ortaya çıkar ve görüşmelerde bulunan taraflardan birisi, kusurlu olarak, bu yükümlülüğüne aykırı davranması nedeniyle karşı tarafın örneğin beden bütünlüğünü ihlal edebilir veya gizli veya özel alanına ilişkin bir sırrı açıklayabilir. İşte bu hâllerde, kişilik hakkı ihlal edilen, acı ve elem duyabilir, yaşama sevinci azalabilir, yani manevi zarara uğrayabilir. Bu durumda da kişilik hakları ihlal edilen kişinin manevi zararını talep edebileceği kabul edilmelidir." YHGK E. 2019/435, K. 2022/352, T. 22.03.2022; YHGK, E. 2012/184, K. 2012/385, T. 13.06.2012.

³⁸ Cüneyt Bellican, "Sorumluluk Hukuku (Sözleşmeye ve Haksız Fiile Dayalı Sorumluluk) Açısından Sır Saklama Yükümlülüğü ve Arabuluculuk Sürecindeki Görünümü", Arabuluculuğun Geleceği Sempozyumu Bildiri Özeti Kitabı, İstanbul: İbn Haldun Üniversitesi Yayınları 2020, s. 142.

³⁹ Baygın, "Culpa in Contrahendo Sorumluluğu ve Amerikan Hukukundaki Uygulaması", s. 345; Durak, "Güven Sorumluluğu ve Culpa In Contrahendo", s. 363; Demircioğlu, "Güven Esası Uyarınca Sözleşme Görüşmelerindeki Kusurlu Davranıştan Doğan Sorumluluk (Culpa In Contrahendo Sorumluluğu)", s. 264; Güvenç, s. 397; Karakurt, "Culpa in Contrahendo", s. 233; Özyakışır ve Ganbari, "Sözleşme Öncesi Görüşmelerin Kesilmesi Bağlamında Culpa In Contrahendo Sorumluluğu ve Olumsuz Zarar", s. 764; Yürekli, "İş Hukukunda Sözleşme Görüşmelerinden Doğan Sorumluluk (Culpa In Contrahendo)", s. 565.

duyulmamasına ilişkindir. Sözleşmenin geçerli olarak kurulduğuna dair güvenin boşa çıkmasından doğan zarar, arabulucunun sözleşme görüşmeleri sırasında zarar verici kusurlu davranışı hiç sergilememiş olsaydı ortaya çıkmayacak olan zarardır. Ancak hakkaniyet gerektiriyorsa, hakimin TBK'nın 26/2. ve 47/2. maddelerinden kıyasen yararlanmak suretiyle olumsuz zararı aşan olumlu zarara hükmetmek noktasında takdir hakkına sahip olduğu belirtilmektedir.⁴⁰

Yargıtay⁴¹ konuya ilişkin görüşünü “Sözleşme görüşmelerinden doğan sorumluluk, yalnızca sözleşmenin geçerliliğine güvenden doğan zarardan (olumsuz zarardan) sorumluluğu değil, dürüstlük kurallarına dayanan güven ilkesinden kaynaklanan karşı tarafın kişi ve mal varlığına zarar vermemek yolundaki davranış yükümlüne aykırılıktan doğan sorumluluğu da kapsar.” ifadesiyle ortaya koymuştur. Kararda “güven zararı” olarak nitelenen ve sözleşme görüşmelerinden doğan zararın “uyulacağı ve yerine getirileceğine inanılan bir sözleşmenin hüküm ifade etmemesi yahut yerine getirilmemesi yüzünden güvenin boşa çıkması dolayısıyla uğranılan, başka bir deyişle, sözleşme yapılmıyaydı uğranılmayacak olan zarar olarak tanımlanabilecek “menfi zarar” kavramına paralel bir kavram olmakla birlikte görüşmelerden doğan zarar sözleşmenin hiç kurulmadığı hallerde de doğabileceği gibi istisnai de olsa bazı durumlarda müspet zararı dahi aşabileceğinden daha geniş kapsamlı” olduğu belirtilmiştir. Sonuç olarak Yargıtay’ca benimsenen, tazmini gereken zararın kapsamının her somut olayda hakim tarafından -olayın özelliklerine göre- belirlenmesidir.

Eğer uyuşmazlığın taraflarıyla arabuluculuk sözleşmesinin kurulmasına ilişkin müzakereleri eş arabulucular yürütmüşlerse, sözleşme görüşmelerinden doğan zararın, kusurlu davranışıyla zarara sebebiyet veren arabulucu tarafından tazmin edilmesi gerekir. Özellikle eş arabuluculardan her birinin sözleşme görüşmelerini uyuşmazlığın taraflarının paylaşılması suretiyle yürüttükleri durumlarda, kusurlu davranan eş arabulucunun, sebebiyet verdiği zararı tazmin etmesi, adil ve hukuka uygun bir sonuç oluşturacaktır. Buna karşılık eş arabulucuların birlikte aldıkları kararlar sonucu (örneğin uyuşmazlığın HUAK kapsamında olup olmadığına veya dava şartı türüne ilişkin olanlar vb.) sözleşme görüşmeleri sırasında zarara

⁴⁰ Baygın, “Culpa in Contrahendo Sorumluluğu ve Amerikan Hukukundaki Uygulaması”, s. 345; Durak, “Güven Sorumluluğu ve Culpa In Contrahendo”, s. 364; Ergüne, s. 920; Güvenç, “Culpa In Contrahendo Sorumluluğu Bağlamında Sözleşme Görüşmelerinin Kesilmesi”, s. 397; Özyakışır ve Ganbari, “Sözleşme Öncesi Görüşmelerin Kesilmesi Bağlamında Culpa In Contrahendo Sorumluluğu ve Olumsuz Zarar”, s. 764; Sungurbey, Yetkisiz Temsil: Özellikle Culpa in Contrahendo (Sözleşmenin Görüşülmesinde Kusur) ve Olumsuz Zarar, s. 103; Tiftik ve Şen, “Yetkisiz Temsilde Culpa In Contrahendo Sorumluluğu”, s. 2656.

⁴¹ YHGK E. 2019/435, K. 2022/352, T. 22.03.2022.

yol açmaları halinde, aynı fiilin faileri olmaları nedeniyle müteselsilen sorumlu oldukları kabul olunmalıdır.

SONUÇ

Sözleşme görüşmelerinden kaynaklanan sorumluluk Alman Hukukunun aksine, TBK'da genel bir hükümlerle düzenlenmemiştir. Arabulucunun sözleşme görüşmelerinden kaynaklanan sorumluluğuna dair özel hükümlere de HUAK'da yer verilmemiştir. Bununla birlikte öğreti ve yargı kararlarıyla, Türk Hukukunda sözleşme görüşmelerinde kusurlu davranışıyla karşı tarafa zarar veren kişilerin bu zararları tazmin etmeleri gerektiği genel kabul görmüştür. Bu kabulün arabulucunun, arabulucu sözleşmesinin kurulmasına ilişkin görüşmeler sırasında, uyuşmazlığın taraflarının zarar görmesiyle sonuçlanan kusurlu eylemleri (veya kaçınmaları) için de geçerli olduğu şüphesizdir.

Arabulucu sözleşmesinin kurulması sürecinde birbirlerini korumalarını gerektirecek kadar yakın bir ilişkiye giren arabulucu ve uyuşmazlığın tarafları arasında oluşan sosyal temas, bu kişileri (bu makale özelinde arabulucuyu) özen göstermek, gerekli bilgileri vermek suretiyle diğer tarafı aydınlatmak, görüşülen kişilerin şahıs ve mal varlığı değerlerine zarar vermemek amaçlarıyla bazı koruma yükümlülüklerine tabi kılmıştır. Bu özen ve koruma yükümlülükleri, arabulucunun kusurlu davranışını sergilediği görüşmelerin sonucunda geçerli bir sözleşme kurulmuş olup olmadığı önem taşımaksızın, sadece sözleşme görüşmelerine başlamakla doğmaktadır.

Sözleşme görüşmelerinden doğan sorumluluk, esas itibarıyla bir tazminat sorumluluğudur. Başka bir ifadeyle arabulucunun sözleşme görüşmelerinden doğan sorumluluğundan söz edilebilmesi için, bu görüşmelere katılan uyuşmazlığın taraflarından en az birinin, zarara uğraması şarttır. Arabulucunun, uyuşmazlığın taraflarını zarara uğratmadığı kusurlu hareketlerinin sonucunda, culpa in contrahendo sorumluluğu doğmaz.

Arabulucunun sözleşme görüşmeleri sırasında sergilediği kusurlu davranışlarıyla uyuşmazlığın tarafları, aralarındaki uyuşmazlık konusuyla ilgili zararlara uğrayabilecekleri gibi; arabulucunun bu görüşmeler sırasında öğrendiği sırları yayması gibi bazı örneklerde, sadece uyuşmazlık konusuyla ilgili olmayan zararlara da uğrayabilirler. Uyuşmazlığın taraflarının uyuşmazlık konusuyla ilgili zararlarının örneklerini geçerli olarak kurulmayan bir arabulucu sözleşmesine duydukları güven nedeniyle zamanaşımı veya hak düşürücü sürelerin kaçırılması; dava şartının yerine

getirilmemiş olması veya hükümsüz olan arabuluculuk anlaşma belgeleri sonucunda doğan zararlar oluşturabilir.

KAYNAKÇA

- Adal, Erhan. "Sözleşme Görüşmeleri Nedeniyle Olan Tutumdan Dolayı "Culpa in Contrahendo" Sorumluluğu (Karşılaştırmalı Araştırma)". Marmara Üniversitesi İktisadi İdari Bilimler Dergisi. 2/2 (1985): 27-40.
- Adıgüzel, Sibel. "Sözleşme Görüşmelerinde Kusurlu Davranıştan Doğan Sorumluluk". TAAD. 3/9 (2012): 281-311.
- Akbulut, Merve Bilge. "Yargıtay HGK'nun 2017/2625 E. 2021/766 K. Sayılı Kararının Culpa In Contrahendo Sorumluluğu Bakımından İncelemesi". Türkiye Noterler Birliği Hukuk Dergisi. 10/1 (2023): 189-224.
- Arıkan, Mustafa. "Culpa in Contrahendo Sorumluluğu". Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi. 17/1 (2009): 69-89.
- Ayan Durhan, Elif. "Kendi Kusuruyla Yanılanın Culpa in Contrahendo Sorumluluğu", Terazi Hukuk Dergisi, 17/188 (2022): 43-56.
- Ayhan İzmirli, Lale. "Lex Mercatoria'da Culpa in Contrahendo Sorumluluğu". Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni. 37/2 (2017): 170-229.
- Ayrancı, Mehtap. "Yetkisiz Temsilcinin Culpa In Contrahendo Sorumluluğu", TAAD. 48, (2021): 473-508.
- Azıklı Arslan, Betül. "Zorunlu Arabuluculuk Faaliyetinin Niteliği Bakımından Arabulucunun Hukuki Sorumluluğu". Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi. 8/1 (2018): 189-223.
- Badur, Emel. "Arabulucu Sözleşmesi". Terazi Hukuk Dergisi. 15/162 (2020): 248-265.
- Badur, Emel. "Arabuluculuk Anlaşma Belgesinin Borçlar Hukuku Açısından Değerlendirilmesi". Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi. 18 (2021): 49-87.
- Bellican, Cüneyt. "Sorumluluk Hukuku (Sözleşmeye ve Haksız Fiile Dayalı Sorumluluk) Açısından Sır Saklama Yükümlülüğü ve Arabuluculuk Sürecindeki Görünümü". Arabuluculuğun Geleceği Sempozyumu Bildiri Özeti Kitabı. İstanbul: İbn Haldun Üniversitesi Yayınları 2020: s. 139-151.
- Baygın, Cem. "Culpa in Contrahendo Sorumluluğu ve Amerikan Hukukundaki Uygulaması". AÜEHFD. IV/1-2 (2000): 345-377.
- Bulut, Erkam Haşim. "Culpa In Contrahendo Sorumluluğunun "İmkansızlık" Halindeki Görünümü". İstanbul Medeniyet Hukuk Dergisi. 5/9 (2020): 107-125. (İmkansızlık)
- Bulut, Uğur. "Sözleşme Görüşmelerinden Doğan Sorumlulukta Tüketici Mahkemelerinin Görevine İlişkin Bir Yargıtay Kararı İncelemesi". ABD. 2 (2012): 321-346.
- Demircioğlu, Huriye Reyhan. *Güven Esası Uyarınca Sözleşme Görüşmelerindeki Kusurlu Davranıştan Doğan Sorumluluk (Culpa In Contrahendo Sorumluluğu)*. Ankara: Yetkin Yayıncılık, 2009.
- Doğancı, Doğa Ekrem. "Karşılaştırmalı Olarak Alman ve Türk Hukukunda Arabuluculuğa Konu Yönünden Elverişlilik İncelemesi". Sakarya Hukuk Dergisi. 1/2 (2013): 93-118.
- Durak, Yasemin. "Güven Sorumluluğu ve Culpa In Contrahendo". SÜHFD, 25/1, (2014): (s. 239-288).

- Dür, Orhan. *Arabuluculuk Faaliyeti ve Arabuluculukların Hak ve Yükümlülükleri*. B. 2. Ankara: Adalet Yayınları, 2018.
- Edlund, Hans Henrik. "Culpa in Contrahendo: Tortious Liability, Breach of Contract or an Autonomous Legal Instrument?". *European Business Law Review*. 30/5 (2019): (s. 815-822).
- Ekmekçi Ömer, Muhammet Özokes, Murat Atalı ve Vural Seven. *Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk*. B. 2. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2019.
- Erginer, Umut Ozan. "Arabuluculuk ve Gizlilik". *Antalya Bilim Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*. 5/9 (2017): (s. 73-98).
- Ergüne, Mehmet Serkan. "Culpa in Contrahendo Sorumluluğunda Olumlu Zararın Tazmini". Prof. Dr. Rona Serozan'a Armağan C. I. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2010: (s. 909-926).
- Ermek, İbrahim. "Dava Şartının Arabulucu Tarafından Kendiliğinden Dikkate Alınması Sorunu ve Bu Kapsamda Yapılan Hataların Düzeltilmesi". *Yargıtay Dergisi*. 46/4 (2020): (s. 1017-1062).
- First, Amanda. "A New Agreement to Mediate: Guidelines for Ethical Practice in the Digital Space". *Harvard Negotiation Law Review*. 23 (2017): (s. 405-430).
- Gezder, Ümit. *Türk/İsviçre Hukukunda Culpa in Contrahendo Sorumluluğu*. İstanbul: Beta Yayıncılık, 2009.
- Görener, Aylin. "Culpa in Contrahendo Sorumluluğu". *İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi*. 2/36 (2019): (s. 67-80).
- Grossman, Andy. *Good Practice Guide: Mediation*, London: Riba, 2009.
- Güvenç, Özgür. "Culpa In Contrahendo Sorumluluğu Bağlamında Sözleşme Görüşmelerinin Kesilmesi". *GÜHFD*. 18/3-4 (2014): (s. 363-406).
- Hage-Chahine, Najib. "Culpa in Contrahendo in European Private International Law: Another Look at Article 12 of the Rome II Regulation". *Northwestern Journal of International Law & Business*. 32/3 (2012): (s. 451-540).
- İnan, Ali Naim. "Culpa in contrahendo - Mukavele Yapılırken İşlenen Kusurdan Dolayı Mesuliyetin Hukuki Sebeplerini İzah Eden Nazariyeler Üzerinde Mukayeseli Bir Çalışma". *Adalet Dergisi*. 45/7 (1954): (s. 999-1013).
- Karaahmetoğlu, Atanur. "Sözleşme Görüşmelerinde Culpa In Contrahendo Açısından Güven Sorumluluğu". *Kırklareli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*. 1/2 (2023): (s. 505-543).
- Karakurt, Hakan. "Culpa in Contrahendo". *İBD*. 86/4 (2012): 222-235.
- Kekeç, Elif Kısmet. *Arabuluculuk Yoluyla Uyuşmazlık Çözümünde Temel Aşamalar ve Taktikler*. B. 3. Ankara: Adalet Yayınları, 2016.
- Kılıçoğlu, Ahmet M. *Arabuluculuk Sözleşmeleri*. Ankara: Turhan Kitabevi, 2020.
- Kurt Konca, Nesibe. "Arabuluculukta Özel Uzmanlık Uygulamasına İlişkin Bazı Değerlendirmeler". *Adalet Dergisi*. 68 (2022): (s. 367-408).
- Monsalve-Caballero, Vladimir. "The Legal and Historical Panorama of Culpa in Contrahendo at Contractual Negotiations". *Revista de Derecho Universidad del Norte*, 39 (2013): (s. 126-148).
- Moffitt, Michael. "Suing Mediators". *Boston University Law Review*, 83/147 (2003): (s. 147-206).

- Özmumcu, Seda. "Hukuk Uyuşmazlıklarının Çözümünde Eş Arabuluculuk (Co-Mediation) Modelinin Değerlendirilmesi". Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 13/161 (2018): (s. 9-36).
- Özmumcu, Seda. "Arabuluculukta Tarafsızlık İlkesinin Görünümü ve Etik Kurallar Çerçevesinde Değerlendirilmesi". İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 10/1 (2019): (s. 262-276).
- Özyakışır, Özkan ve Muhammed Ganbari. "Sözleşme Öncesi Görüşmelerin Kesilmesi Bağlamında Culpa In Contrahendo Sorumluluğu ve Olumsuz Zarar". SÜHFD, 28/2 (2020): (s. 745-775).
- Sağır, Alihan. "Borçlunun Bildiği Başlangıçtaki İmkansızlığa Bağlanan Butlan Yaptırımının Culpa in Contrahendo ile Daraltılması", Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 8/1 (2018): (s. 225-242).
- Serozan, Rona. "'Culpa İn Contrahendo', 'Akdin Müsbet İhlali' ve 'Üçüncü Kişiyi Koruyucu Etkili Sözleşme' Kurumlarının Ortak Temeli: Edim Yükümlerinden Bağımsız Borç İlişkisi". MHAD, 3 (1968): (s. 108-129).
- Sungurbey, Ayfer Kutlu. Yetkisiz Temsil: Özellikle Culpa in Contrahendo (Sözleşmenin Görüşülmesinde Kusur) ve Olumsuz Zarar. İstanbul: Yasa Yayınları, 1988.
- Tanrıver, Süha. "Dava Şartı Arabuluculuk Üzerine Bazı Düşünceler". TBBD, 147 (2020): (s. 111-142).
- Tanrıver, Süha. Hukuk Uyuşmazlıkları Bağlamında Arabuluculuk. B. 2. Ankara: Yetkin Yayınları, 2022.
- Tiftik, Mustafa ve Elif Şen. "Yetkisiz Temsilde Culpa In Contrahendo Sorumluluğu". MÜHFHAD, 22/3 (2016): (s. 2643-2664).
- Yalman, Süleyman. Türk - İsviçre Hukukunda Sözleşme Görüşmelerinden Doğan Sorumluluk. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2006.
- Yılmaz, Hamdi. "Sözleşme Görüşmelerinde Kusur "Culpa In Contrahendo" ve Sorumluluğun Hukuksal Niteliğinde Yeni Görüşler". Yargıtay Dergisi, 11/3 (1985): (s. 240-252).
- Yürekli, Sabahattin. "İş Hukukunda Sözleşme Görüşmelerinden Doğan Sorumluluk (Culpa In Contrahendo)". İÜHFMD, 72/2 (2014): (s. 541-579).

DUYGUSAL VE HUKUKİ BAKIMDAN NİŞANLANMA

Arş. Gör. Oğuzhan ERTEKİN

Kırıkkale Üniversitesi Hukuk Fakültesi,
Medeni Hukuk Anabilim Dalı

ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-6920-3699>, oguzhanertekin@kku.edu.tr

Geliş Tarihi | Received: 20.10.2023

Kabul Tarihi | Accepted: 28.12.2023

İntihal: Bu makale, en az iki hakem tarafından incelendi ve intihal içermediği teyit edildi.

Plagiarism: This article has been reviewed by at least two referees and scanned via a plagiarism software.



Bu eser Creative Commons Atıf-GayriTicari 4.0 Uluslararası Lisansı ile lisanslanmıştır.

Atıf | Citation:

Ertekin, Oğuzhan, "Duygusal ve Hukuki Bakımdan Nişanlanma", MHD. 1/1 (2024), s. 27-68.

Yazar Beyanı

Mali Destek: Yazar, bu çalışmanın araştırılması, yazarlığı veya yayınlanması için herhangi bir finansal destek almamıştır.

Yazarların Katkıları: Bu makale yazar tarafından tek başına hazırlanmıştır.

Çıkar Çatışması/Ortak Çıkar Beyanı: Yazar tarafından herhangi bir çıkar çatışması veya ortak çıkar beyan edilmemiştir.

Etik Kurul Onayı Beyanı: Çalışmanın herhangi bir etik kurul onayı veya özel bir izne ihtiyacı yoktur.

Araştırma ve Yayın Etiği Bildirgesi: Yazar, makalenin tüm süreçlerinde MHD'nin bilimsel, etik ve alıntı kurallarına uyduğunu ve verilerde herhangi bir tahrifat yapmadığını, karşılaşılabilecek tüm etik ihlallerde MHD'nin ve editör kurulunun hiçbir sorumluluğunun olmadığını ve bu çalışmanın MHD'den başka hiçbir akademik yayın ortamında değerlendirilmediğini beyan etmektedir.

Author's Declaration

Financial Support The author, has not received any financial support for the research, authorship, or publication of this study.

Authors' Contributions This article was prepared by the author alone.

The Declaration of Conflict of Interest/Common Interest No conflict of interest or common interest has been declared by the author.

The Declaration of Ethics Committee Approval The study doesn't need any ethics committee approval or any special permission.

The Declaration of Research and Publication Ethics The author declares that she complies with the scientific, ethical, and quotation rules of MHD in all processes of the paper and that she doesnot make any falsification of the data collected. In addition, she declares that Civil Law Review and its editorial board have noresponsibility for any ethical violations that may be encountered, and that this study has not been evaluated or published in any academicpublication environment other than Civil Law Review.

DUYGUSAL VE HUKUKİ BAKIMDAN NİŞANLANMA

Öz

Nişanlanma, 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun (TMK) 118. maddesinin birinci fıkrasında evlenme vaadi olarak ifade edilmektedir. Buna göre, kadın ve erkeğin karşılıklı ve birbirine uygun evlenme vaadini içeren irade beyanında bulunmalarıyla nişanlanma bir hukuki ilişki olarak ortaya çıkmaktadır. Bu hukuki ilişki, kadın ve erkek arasında kurulan duygusal niteliği de olan bir ilişkidir. Duygusal niteliği olan bir ilişkinin neden hukuk düzenince tanındığı ve bazı hukuki sonuçlar bağlandığı hususu önem taşımaktadır. Gerçekten de duygusal niteliği olan her sosyal olay hukuk tarafından düzenlenmemişken nişanlanma, hukuk tarafından düzenlenmiştir. Nişanlanmanın duygusal niteliği, nişanlanma hukukuna da yansımıştır. Nişanlanmanın aile hukukuna özgü bir sözleşme olması, farklı cinsten kişiler arasında yapılabilmesi, nişanlanma ve nişanı bozmanın kişiye sıkı sıkıya bağlı haklardan olması, irade özgürlüğü ilkesinin kabul edilmesinin gerekmesi, şekle bağlı olmaması, nişanın bozulması için haklı sebebin şart olmaması, taraflardan biri kusurlu olmasa bile nişanın bozulabilmesi, nişanı bozmanın haksız fiil sayılmaması gibi hususlar nişanlanmanın duygusal niteliğinin hukuka yansımaları olarak görülebilmektedir. Duygusal bir ilişki olan nişanlanmanın hukuk tarafından düzenlenmesine neden gerek duyulduğu ve nişanlanmanın duygusal niteliğinin hukuka nasıl yansıdığı konuları üzerinde durulmasında fayda görülmektedir.

Anahtar Kelimeler: Nişanlanma, Nişanın Bozulması, Duygusal Nitelik, Kusur, Haklı Sebep

EMOTIONAL AND LEGAL ASPECTS OF ENGAGEMENT

ABSTRACT

Engagement is defined as a promise to marry in the first paragraph of Article 118 of the Turkish Civil Code No. 4721. Accordingly, engagement emerges as a legal relationship when a man and a woman make a declaration of will containing a mutual and mutually appropriate promise to marry. This legal relationship is an emotional relationship between a man and a woman. It is important to understand why a relationship with an emotional nature is recognized by the legal order and some legal consequences are attached to it. Indeed, while not all social events with an emotional nature are regulated by law, engagement is regulated by law. The emotional nature of engagement is also reflected in the law of engagement. The fact that engagement is a contract specific to family law, that it can be concluded between persons of different sexes, that engagement and breaking the engagement are rights strictly bound to the person, that the principle of freedom of will must be accepted, that it does not depend on form, that just cause is not a condition for breaking the engagement, that the engagement can be broken even if one of the parties is not at fault, and that breaking the engagement is not considered a tort, can be seen as the reflection of the emotional nature of engagement on the law. It is useful to focus on the reasons why engagement, which is an emotional relationship, needs to be regulated by the law and how the emotional nature of engagement is reflected in the law.

Anahtar Kelimeler: Engagement, Breach of engagement, Emotional quality, Fault, Just cause

GİRİŞ

Aile Hukuku, Medeni Hukukun diğer alanlarından farklı karakteristik özelliklere sahiptir. Bir aile hukuku kurumu olan nişanlanmanın temelinde kadın-erkek ilişkisi vardır. Bu ilişki alelade bir ilişki olmayıp bir güven ilişkisidir⁴². Buna göre nişanlanma aslında “duygusal niteliği olan bir güven ilişkisi” olarak kabul edilebilir. Nişanlanma, doğası ve ruhu gereği kadın ve erkek arasında kurulan “özel” bir ilişkidir. Dolayısıyla bu ilişkinin hüküm ve sonuçlarını değerlendirirken bu niteliğinin göz ardı edilmemesi gerekmektedir. Nişanlanmayı özel kılan, “sui generis” niteliği kazandıran husus, nişanlanmanın kadın ve erkek arasındaki duygusal niteliği olan bir ilişki olmasıdır.

Nişanlanma, özel içeriğe sahip olan bir aile hukuku kurumudur. Nişanlanmanın bu özel içeriği ve duygusal yönü, nişanlanmanın hukuki niteliği, kurulması ve sona erdirilmesi, nişanlıların birbirlerini evlenmeye zorlayıp zorlayamaması gibi konuları etkilemiştir. Ancak nişanlanmanın salt duygusal bir ilişki olarak kabul edilerek nişanlanmanın tüm sonuçları bakımından bu kabul çerçevesinde yorum yapılması, nişanlanmanın amaç ve öneminin göz ardı edilmesine sebep olabilir. Gerçekten de bakıldığında nişanlanmanın duygusal niteliğinin hukuki bir kurum olan nişanlanmaya yansıdığı hatta hukuki düzenlemeleri dahi etkilediği görülmektedir. Örneğin, nişanın bozulması halinde maddi tazminatı düzenleyen TMK'nin 120. maddesinde kusur ve tazminat kavramları kullanılırken, nişanlanmanın duygusal bir ilişki olduğunu göz önünde bulunduran İsviçre kanun koyucusu, İsviçre Medeni Kanunu'nun (Zivilgesetzbuch/ZGB) Art. 92. hükmünde sübjektif nitelikte kusur ve tazminat kavramları yerine objektif nitelikte hakkaniyet ve katkı yükümlülüğü kavramlarının kullanılmasını tercih etmiştir⁴³. Buna göre, sübjektif nitelikteki kusur ve tazminat

⁴² Mehmet Serkan Ergüne, “Nişanın Bozulmasında Maddi Tazminat”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, 74/2 (2016), s. 759, <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/291043> (erişim: 17.12.2023); Mustafa Dural, Tufan Ögüz ve M. Alper Gümüş, *Türk Özel Hukuku Aile Hukuku*, İstanbul: Filiz Kitabevi, 2020, s. 25.

⁴³ Gerçekten de TMK'nin 120. maddesinde kusur ve tazminat kavramları kullanılırken mehz kanun olan İsviçre Medeni Kanunu'nda (ZGB Art. 92) bu kavramlar kullanılmamış, 01.01.2000 tarihinde yürürlüğe giren bir değişiklik yapılmış, nişanı bozan taraf bakımından diğer tarafın evlenme amacıyla ve iyi niyetle yapmış olduğu ve hakkaniyet ölçülerini aşmayan masrafları için makul olmak kaydıyla bir katkı yükümlülüğü (Beitragspflicht) öngörülmüştür. Başka bir anlatımla TMK'den farklı olarak kusur ve tazminat kavramlarının kullanılmadığı görülmektedir. İsviçre'deki bu değişiklikten sonra 01.01.2002 tarihinde yürürlüğe giren TMK, 120. maddesinde bu kavramları benimsememiş ve daha önce ifade edildiği gibi kusur ve tazminat kavramlarını kullanmıştır. Bkz. Ergüne, “Nişanın Bozulmasında Maddi Tazminat”, s. 760-761.

kavramlarının duygusal bir ilişki olan nişanlanma ve nişanlanmanın sonuçları için kullanılması yerinde görülmemiştir. Çünkü duygusal ilişkilerde her iki taraf da kusurlu davranabileceğinden hangi tarafın kusurlu olduğunun araştırılmasına gerek görülmemiştir⁴⁴. Tazminat kavramı yerine katkı yükümlülüğünden bahsedilmesinin, nişanlanmanın duygusal niteliği sebebiyle evlenmeye zorlama hakkı vermemesi ilkesine dayandığı ifade edilebilir⁴⁵. Bu durum nişanlanmanın duygusal niteliğinin hukuki düzenlemeleri etkilediğini göstermektedir.

Nişanlanmanın duygusal niteliğinin kabul edilmesi gerekse de duygusal boyutu aşan bazı özellikleri bulunmaktadır. Çünkü nişanlanma ile birlikte taraflar bakımından bazı hak ve yükümlülükler doğmaktadır. Ayrıca tarafların nişanlanma iradelerini açıklamalarıyla duygusal ilişki boyutunu aşan hukuki bir ilişkiden bahsedilmesi gerekmektedir. Bu kabul, nişanlanmayı salt duygusal bir ilişki olarak kabul edilebilecek “flört”ten ayırmayı sağlamaktadır. Çalışmamızda ilk olarak nişanlanma ve nişanlılık kavramlarından bahsedilmiş daha sonra duygusal niteliğe sahip olan nişanlanmanın hukuki bir kurum olarak düzenlenmesinin sebepleri üzerinde durulmuş, ardından ise nişanlanmanın duygusal niteliğinin hukuka yansması olarak görülebilecek durumlar incelenmiştir.

I. NİŞANLANMA VE NİŞANLILIK

Kadın ve erkeğin ortak ve sürekli bir şekilde olmak üzere bir yaşam birlikteliği kurmaları için geçirdikleri ilk aşama nişanlanmadır⁴⁶. Buna göre nişanlanma, birbiriyle evlenmek isteyen farklı cinsten iki kişinin bu yöndeki iradelerini birbirlerine açıklamaları, bildirmeleri demektir⁴⁷. Bu anlamda

⁴⁴ Ergüne, “Nişanın Bozulmasında Maddi Tazminat”, s. 762.

⁴⁵ Yıldız Abik, “Nişanlanma ve Nişanlılık”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 54/2 (2005), s. 124, <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/628370> (erişim: 17.12.2023).

⁴⁶ Evlenmeden önce yaşanan bir süreç olan nişanlanma önceden (Osmanlı Hukukunda) “namzet olmak” şeklinde ifade edilirdi. Nişanlıların birbirlerine küpe, yüzük vs. takılar vermeleri sebebiyle “nişanlanma” kavramı kullanılmaya başlanmıştır. Bkz. Ahmet Yaman, İslam Aile Hukuku, İstanbul: Marmara Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Vakfı Yayınları, 2017, s. 36; Nişan, Farsça bir sözcük olup işaret, belirti anlamına gelirken; nişanlı ise parmağına yüzük gibi bir işaret takmış olan nişanlanmış kişiyi ifade etmektedir. Bkz. Nevzat Koç, *Türk-İsviçre Hukukunda Nişanlanma Sözleşmesi*, İzmir: Dokuz Eylül Üniversitesi Yayınları, 2002, s. 13.

⁴⁷ Feyzi N. Feyzioğlu, *Aile Hukuku*, İstanbul: Fakülteler Matbaası, 1979, s. 21; Kemal Oğuzman ve Mustafa Dural, *Aile Hukuku*, İstanbul: Filiz Kitabevi, 1998, s. 22; Bülent Köprülü ve Selim Kaneti, *Aile Hukuku*, İstanbul: Filiz Kitabevi, 1989, s. 41; Turgut Akıntürk ve Derya Ateş, *Türk Medeni Hukuku Aile Hukuku*, İstanbul: Beta Yayıncılık, 2021, s. 23; Ahmet. M. Kılıçoğlu, *Aile Hukuku*, Ankara: Turhan Kitabevi, 2022, s. 11; Mehmet Erdem, *Aile Hukuku*, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2019, 23; Damla Özen Arslan, “Nişanlanmanın Sona Ermesi ve Sonuçları”, Namık Kemal Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi”, 3/1 (2022), s. 5,

olmak üzere, TMK'nin 118. maddesinin birinci fıkrasında, “Nişanlanma, evlenme vaadiyle olur.” denilmektedir⁴⁸.

Nişanlanma ile nişanlılık aynı anlamda kullanılan kavramlar değildir. Nişanlanma (Verlobung), karşılıklı evlenme vaadi ile ortaya çıkan sözleşme iken; nişanlılık (Verlöbnis), bu sözleşmenin kurulmasıyla dâhil olunan hukuki statüyü ifade etmektedir⁴⁹.

TMK'de “evlenme vaadi” olarak ifade edilen nişanlanma, evlenmek isteyenlerin evlenmeden önce yaşadıkları bir süreç olarak karşımıza çıkmaktadır. Nişanlanma, TMK'nin 118. maddesinin birinci fıkrasında, evlenme vaadi olarak ifade edildiği için, süresi uzun veya kısa her evlenmeden önce zorunlu olarak ortaya çıkan bir kurumdur⁵⁰. Buna göre nişanlanmanın, evliliğin ön koşulu, ilk aşaması olduğu söylenebilir⁵¹. Evlenme vaadi olmadan evlenme, işin doğasına aykırıdır. Her ne kadar doktrinde nişanlanma olmadan evlenmenin mümkün olduğunu ifade eden görüşler⁵² olsa da kanaatimizce “nişansız nikah olmaz” görüşünün benimsenmesi gerekmektedir.

<https://doi.org/10.51562/nkuhukuk.2022311> (erişim: 15.12.2023); Dural, Ögüz ve Gümüş, *Türk Özel Hukuku Aile Hukuku*, s. 13; Ergüne, “Nişanın Bozulmasında Maddi Tazminat”, s. 758; Abik, “Nişanlanma ve Nişanlılık”, s. 68; Koç, *Türk- İsviçre Hukukunda Nişanlanma Sözleşmesi*, s. 12.

⁴⁸ Aynı yönde olan ZGB Art 92/1 maddesi şu şekildedir: “Das Verlöbnis wird durch das Eheversprechen begründet.”

⁴⁹ Feyzioğlu, *Aile Hukuku*, s. 21-22; Bilge Öztan, *Aile Hukuku*, Ankara: Turhan Kitabevi, 2015, s. 24; Heinrich Honsell, Nedim Peter Vogt und Thomas Geiser, *Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht Zivilgesetzbuch 3. Auflage Art 90*, Basel-Cenevre-Münih: 2006, s. 1; Abik, “Nişanlanma ve Nişanlılık”, s. 68; Dural, Ögüz ve Gümüş, *Türk Özel Hukuku Aile Hukuku*, s. 13; Kılıçoğlu, *Aile Hukuku*, s. 9; Akıntürk ve Ateş, *Türk Medeni Hukuku Aile Hukuku*, s. 23; Özen Arslan, “Nişanlanmanın Sona Ermesi ve Sonuçları”, s. 6; Köprülü ve Kaneti, *Aile Hukuku*, s. 41; Erdem, *Aile Hukuku*, s. 23.

⁵⁰ İslamiyet öncesi Türk Hukuku'nda da nişanlanmanın olduğu anlaşılmaktadır. Tarafların evlenme konusunda anlaşmasının ardından erkek, kızın ailesine kalın adı altında bir ödemedede bulunmakta ve kalının tamamen ödenmesi halinde evlilik yapılmakta idi. Kız ile erkeğin rızası olsa ve diğer şartlar da yerine getirilmiş olsa bile kalının tamamen ödenmesi beklenmekteydi. Buna göre evlenme ve kalının ödenmesi hususlarında anlaşmaya varılmasıyla nişanlanmanın ortaya çıktığı görülmektedir. Bkz. M. Akif Aydın, *Türk Hukuk Tarihi*, İstanbul: Beta Yayıncılık, 2009, s. 17; Mustafa Avcı, *Türk Hukuk Tarihi*, Konya: Atlas Akademi Yayınevi, 2020, s. 28; Ekrem Buğra Ekinci, *Osmanlı Hukuku*, İstanbul: Arı Sanat Yayınları, 2014, s.71; Sadri Maksudi Arsal, *Türk Tarihi ve Hukuk*, Ankara: Türk Tarih Kurumu Yayınları, 2020, s. 330.

⁵¹ Andreas B. Schwarz, *Aile Hukuku Cilt 1*, çev., Bülent Davran, İstanbul: İstanbul Üniversitesi Yayınları, 1946, s. 35; Akıntürk ve Ateş, *Türk Medeni Hukuku Aile Hukuku*, s. 24; Ferit Hakkı Saymen ve Halid Kemal Elbir, *Türk Medeni Hukuku Aile Hukuku*, İstanbul: İsmail Akgün Matbaası, 1960, s. 41.

⁵² Nişanlanma olmadan evlenmenin mümkün olduğunu belirten görüş için. Bkz. S. Sulhi Tekinay, *Türk Aile Hukuku*, İstanbul: Fakülteler Matbaası, 1971, s. 11.

Taraflar birbirlerine daha önce evlenme vaadine ilişkin irade beyanları yöneltmemiş olsalar bile evliliğin resmi şekle tabi olması sebebiyle evlendirme memurluğuna başvurulması gerektiği için, nişanlanma her evlilik öncesi ortaya çıkan bir ilişkidir⁵³. Gerçekten de TMK'nin 134. maddesinin birinci fıkrası ve aynı yönde olmak üzere 2169 sayılı Evlendirme Yönetmeliği'nin (EY) 16. maddesinin birinci fıkrasında, birbiriyle evlenecek olan erkek ve kadının içlerinden birinin oturduğu yer evlendirme memurluğuna birlikte başvurması gerektiği düzenlenmektedir. Bu hususta olmak üzere evlenme iradelerinin evlenme başvurusu sırasında yazılı veya sözlü olarak açıklanması halinde, o anda nişanlanmış olduklarının kabul edileceğine ilişkin doktrinde görüşler⁵⁴ olsa da kanaatimizce nişanlanmanın evlenme vaadi anlamına gelmesi ve geçerliliğinin şekle tabi olmaması sebebiyle, tarafların evlendirme memurluğuna başvurmaya karar vermesi anında nişanlanmanın gerçekleştiği kabul edilmelidir.

Nişanlanmaya ilişkin olarak bilinen ilk yazılı kurallar Hammurabi kanunları olup zamanla çeşitli hukuk sistemlerinde bu kurum kanunlarda düzenlenerek hukuki bir statüye kavuşmuştur⁵⁵. Roma ve Cermen hukuklarında ve Kilise hukukunda da nişanlanmanın olduğu görülmektedir⁵⁶. Ayrıca Eski Cermen ve Kilise Hukuklarında, nişanlanma, evlenmenin zorla yapılmasını isteme konusunda dava hakkı da vermekteydi⁵⁷.

Fransız Medeni Kanunu'nda nişanlanma, özel olarak düzenlenmemiş olup nişanın bozulması haksız fiil sorumluluğu kapsamında değerlendirilmektedir⁵⁸. Buna karşılık İsviçre⁵⁹ (ZGB Art. 90) ve Alman⁶⁰ (Bürgerlichesgesetzbuch/BGB § 1297) hukuklarında olduğu gibi Türk Hukuku'nda (m. 118) bu kuruma hukuki bir statü tanınmış ve özel

⁵³ Etem Saba Özmen, "Nişanın Bozulmasında Cayma Akçısı ve Cezai Şart (M.K 83 Madde Değişikliği)", Türkiye Barolar Birliği Dergisi, 4 (1995), s. 524-525, <http://tbbdergisi.barobirlik.org.tr/m1995-19954-921> (erişim: 15.12.2023); Köprülü ve Kaneti, *Aile Hukuku*, s. 42-43.

⁵⁴ Akıntürk ve Ateş, *Türk Medeni Hukuku Aile Hukuku*, s. 25; Lale Ateş, "4721 Sayılı Yeni Türk Medeni Kanunu'nda Nişanlanma", Yüksek Lisans Tezi, Erciyes Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2010, s. 5.

⁵⁵ Özmen, "Nişanın Bozulmasında Cayma Akçısı ve Cezai Şart (M.K 83 Madde Değişikliği)", s. 523.

⁵⁶ Saymen ve Elbir, *Türk Medeni Hukuku Aile Hukuku*, s. 39; Akıntürk ve Ateş, *Türk Medeni Hukuku Aile Hukuku*, s. 26.

⁵⁷ Schwarz, *Aile Hukuku* Cilt 1, s. 44-45.

⁵⁸ Peter Tuor vd., *Das Schweizerische Zivilgesetzbuch* 14. Auflage §20, Zürich: 2015, s. 2-3.

⁵⁹ Söz konusu hükümler için. Bkz. ZGB Art. 90-93.

⁶⁰ Söz konusu hükümler için. Bkz. BGB § 1297-1302.

hükümlerle düzenlenmiştir⁶¹. Buna karşılık İngiltere’de nişanlanma düzenlenmemiştir. 1970 yılı öncesinde İngiltere’de nişanlanma, uygulanabilir bir sözleşme olarak kabul görmekte ve haklı bir sebep olmadan nişanı sona erdiren taraftan bu sebeple tazminat talep edilebilmekteydi⁶². Buna karşılık İngiltere’de 1970 yılında çıkarılan Law Reform Act (Miscellaneous Provisions) adını taşıyan kanunla nişanlanmanın sona ermesi halinde tazminat talep etmek için dava hakkı kaldırılmıştır⁶³. Bunun sebebi ise bir kimsenin kendisine dava açılmasından korkacağı endişesiyle istemeden evlenmeye zorlanmış olacağı, bu durumun da kamu düzenine aykırılık teşkil edeceğidir⁶⁴. İngiltere’deki bu durumun Türk Hukuku ile benzerlik taşıdığı görülmektedir. Çünkü TMK’nin 119. maddesinin birinci fıkrasında, nişanlanmanın evlenmeye zorlamak için dava hakkı vermediği, ikinci fıkrasında da evlenmekten kaçınma hali için öngörülen cayma tazminatı ya da ceza şartının dava edilemeyeceği düzenlenmektedir. Bunun sebebinin de nişanlanmanın duygusal bir ilişki olması, nişanlıların istemedikleri halde evlenmeye zorlanmalarının kamu düzenini ihlal edeceği düşüncesi olduğu ifade edilebilir.

İslam hukukuna göre ise nişanlanmanın, evlenme vaadi olduğu kabul edilmekle birlikte bir sözleşme olarak nitelendirilmemektedir⁶⁵. Buna göre, nişanlanma bir sözleşme olmadığı için evlenme yükümlülüğü doğmaz, her iki taraf da nişanı bozma hakkına sahip olur⁶⁶. Başka bir anlatımla, ortada bir sözleşme olmadığına göre taraflar birbirini evlenmeye zorlayamaz. Buna göre nişanlılar sebep göstererek ya da hiç sebep göstermeden tek taraflı olarak ya da anlaşmak suretiyle nişanı bozabilirler. Hatta haklı bir sebebe dayanmadan

⁶¹Eda Şahin Şengül ve Damla Özden Çelt, “Yargıtay Kararları Işığında Nişanın Bozulmasında Manevi Tazminat”, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 12/2 (2021), s. 523, <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/1761032> (erişim: 15.12.2023); Akıntürk ve Ateş, *Türk Medeni Hukuku Aile Hukuku*, s. 24; Abik, “Nişanlanma ve Nişanlılık”, s. 68; Dural, Ögüz ve Gümüş, *Türk Özel Hukuku Aile Hukuku*, s. 13; Tekinay, *Türk Aile Hukuku*, s. 8; Koç, *Türk-İsviçre Hukukunda Nişanlanma Sözleşmesi*, s. 11; Tuor vd., *Das Schweizerische Zivilgesetzbuch*, 14. Auflage §20, s. 2-3.

⁶²Jonathan Herring, *Family Law*, Harlow: 2017, s. 123.

⁶³Herring, *Family Law*, s. 123.

⁶⁴Günümüz İngiltere’inde nişanlılar, evli olmayan çiftler olarak kabul edilmektedir. Bkz. Herring, *Family Law*, s. 123.

⁶⁵Nikâhtan önce birbirlerine evlenmek için söz vermek yani nişanlanmak hukuki bir olay olarak nitelendirilmemektedir. Buna göre taraflar nişanlanmak ile hukuki bir yükümlülük altına girmiş olmazlar. Her iki taraf da sebep göstermeye gerek olmadan nişanı bozabilirler. Bkz. Ekinci, *Osmanlı Hukuku*, s. 433.

⁶⁶Halil Cin ve Gül Akyılmaz, *Türk Hukuk Tarihi*, Konya: Sayram Yayınları, 2003, s. 316-317; Nuri Kahveci, *İslam Aile Hukuku*, İstanbul: Hikmetevi Yayınları, 2014, s. 57; Yaman, *İslam Aile Hukuku*, s. 37; Avcı, *Türk Hukuk Tarihi*, s. 314; Aydın, *Türk Hukuk Tarihi*, s. 265; Ekinci, *Osmanlı Hukuku*, s. 433.

da nişanın bozulabileceği kabul edilmiş ve nişanı bozan bakımından tazminat ödeme yükümlülüğü öngörülmemiştir⁶⁷. Mahkeme kayıtlarına göre de erkek veya kadının nişanı bozmasının onların doğal hakkı olarak kabul edildiği ve bir tazminata hükmedilmediği görülmektedir⁶⁸.

II. DUYGUSAL BİR İLİŞKİ OLAN NİŞANLANMA İÇİN HUKUKİ DÜZENLEME GEREĞİ

Duygusal bir ilişki niteliği taşıyan nişanlanma, pek çok toplumda rastlanan sosyal bir olgudur. Hukuk düzeni, duygusal olayların çoğuyla ilgilenmez. Nişanlanmanın da bu tür duygusal olaylardan olup olmadığının tespit edilmesi gerekir. Bunun için kadın ve erkek arasında yaşanan duygusal ilişkiye hukuk düzeninin müdahalesini gerekli kılan sebeplerin olup olmadığı belirlenmelidir⁶⁹.

Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın 21. maddesinin ikinci fıkrasında, "Devlet, ailenin huzur ve refahı ile özellikle ananın ve çocukların korunması ve aile planlamasının öğretimi ile uygulanmasını sağlamak için gerekli tedbirleri alır, teşkilâtı kurar." denilmektedir. Buna göre, aileyi korumak, Anayasa'nın devlete verdiği ödevler arasındadır. Bu sebeple Aile hukuku alanında devletin müdahalesi, diğer hukuk alanlarına göre daha belirgindir.

Devletler, aile hukuku ilişkilerini hukuki kurallara bağlama ve buna ilişkin şekil şartları benimseme yolunu seçmiştir⁷⁰. Nişanlanmanın evlenme vaadi olması, nişanlanmayı bir aile hukuku kurumu olan evlenme ile ilişkili hale getirmektedir. Aile hukuku alanında çoğunlukla emredici kurallar, kamu düzeni ve ahlak düşünceleri hakimdir⁷¹. Aile kurumuna verilen önem dolayısıyla, bir duygusal ilişki olarak kabul edilebilecek olan nişanlanma,

⁶⁷ Cin ve Akyılmaz, *Türk Hukuk Tarihi*, s. 49-50; Aydın, *Türk Hukuk Tarihi*, s. 265; Avcı, *Türk Hukuk Tarihi*, s. 315; Ekinci, *Osmanlı Hukuku*, s. 433; Yaman, *İslam Aile Hukuku*, s. 38; Ancak Ebu Zehra ve Zekiyyüddin Şaban gibi bazı çağdaş İslam Hukukçuları nişanın bozulması sebebiyle zarar gören tarafın, nişanı haksız olarak bozan taraftan tazminat isteyebileceğini ifade etmektedirler. Bkz. Cin ve Akyılmaz, *Türk Hukuk Tarihi*, s. 317; Aydın, *Türk Hukuk Tarihi*, s. 265; Nişanın bozulması halinde İslam Hukukuna göre maddi ve manevi tazminat talep edilmesine engel olan bağlayıcı bir hükmün bulunmaması ve hakkın kötüye kullanıldığı, kişilerin zarara uğratıldığı ve üzülmelerine sebep olduğu hallerde İslam Hukukunun bu durumlara ilke olarak karşı olması dolayısıyla tazminat istenebileceği yönündeki görüş için. Bkz. Kahveci, *İslam Aile Hukuku*, s. 63 vd.

⁶⁸ Avcı, *Türk Hukuk Tarihi*, s. 315.

⁶⁹ Tekinay, *Türk Aile Hukuku*, s. 7.

⁷⁰ Akıntürk ve Ateş, *Türk Medeni Hukuku, Aile Hukuku*, s. 11-12; Dural, Ögüz ve Gümüş, *Türk Özel Hukuku Aile Hukuku*, s. 4-5.

⁷¹ Akıntürk ve Ateş, *Türk Medeni Hukuku, Aile Hukuku*, s. 11-12.

evlenme amacına yönelik olduğu için bu ilişkinin hukuk düzeni tarafından tanınması ve çeşitli düzenlemeler yapılması gereği duyulmuştur.

Kadın ve erkek arasında duygusal nitelik taşıyan nişanlanma, bahsedilen gerekçelerle TMK’de düzenlenmiş hukuki bir kurum olarak karşımıza çıkmaktadır. Evlenme vaadi olarak kabul edilen nişanlanma TMK’de evlilik ile ilgili hükümlerden önce gelmek üzere, Aile hukuku kitabının 118-123. maddelerinde düzenlenmiştir. TMK, bu yöndeki düzenlemesiyle ahlaki veya duygusal bir ilişki olarak nitelendirilebilecek olan nişanlanmaya hukuki bir statü tanımış ve aile hukuku kurumu kimliği kazandırmıştır⁷². Böylece, nişanlanmanın alelade bir ilişki olmadığı, hukukta karşılığının olduğu ve hukuk düzenince tanındığı vurgulanmış olmaktadır. Buna göre, nişanlanmanın kanunda özel olarak düzenlenmesinin bir anlam taşıdığı sonucuna varılabilir. Başka bir anlatımla, kanun koyucu nişanlanmayı düzenleyerek sadece ahlaki ya da fiili bir ilişki olmaktan çıkarmak suretiyle aile hukukuna dâhil bir kurum olarak kabul etmiştir⁷³.

Kanun koyucunun nişanlanan tarafları hukuk düzeni içinde korumak istediği ve nişanlanan tarafların korunmaya değer menfaatlerinin olduğunu, nişanlanmayı salt kadın-erkek arasındaki duygusal ilişki olarak görmediğini, duygusal ilişki boyutunu aşan ve hukuku ilgilendiren yönlerinin olduğunu kabul ettiği anlaşılmaktadır. Nişanlanma ile birlikte taraflar ahlaken olduğu kadar aynı zamanda hukuken de birbirlerine bağlanmışlardır. Hukuki yaptırım, tarafların menfaatlerinin korunması için zorunludur⁷⁴. Karşılıklı evlenme vaatlerine hukuki değer tanınmaması halinde nişanlılar, bir yaptırımla karşılaşmayacağı için nişanı çok kolay şekilde bozabilirdi. Bu durum ise kamu düzenini bozan bir sebep olarak karşımıza çıkardı⁷⁵. TMK’ye göre nişanlanma ile birlikte nişanlılar için bazı hak ve yükümlülükler doğmaktadır⁷⁶. Bu yükümlülüklerden birinin ihlal edilmesi halinde bazı taleplerde bulunabilme imkânı ortaya çıkmaktadır⁷⁷.

⁷² Abik, “Nişanlanma ve Nişanlılık”, s. 65.

⁷³ Öztan, *Aile Hukuku*, s. 23.

⁷⁴ Öztan, *Aile Hukuku*, s. 25.

⁷⁵ Tekinay, *Türk Aile Hukuku*, s. 8.

⁷⁶ Nişanlanma ile doğan hak ve yükümlülüklerle ilgili ayrıntılı bilgi için. Bkz. Hüseyin Hatemi, *Aile Hukuku*, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2021, s. 17 vd.; Öztan, *Aile Hukuku*, s. 62 vd.; Köprülü ve Kaneti, *Aile Hukuku*, s. 50 vd.; Dural, Ögüz ve Gümüş, *Türk Özel Hukuku Aile Hukuku*, s. 25 vd.; Oğuzman ve Dural, *Aile Hukuku*, s. 33 vd.; Akıntürk, Ateş, *Türk Medeni Hukuku Aile Hukuku*, s. 40 vd.; Erdem, *Aile Hukuku*, s. 30 vd.; Kılıçoğlu, *Aile Hukuku*, s. 17 vd.; Feyzioğlu, *Aile Hukuku*, s. 41 vd.; Abik, “Nişanlanma ve Nişanlılık”, s. 90 vd.; Tekinay, *Türk Aile Hukuku*, s. 21 vd.

⁷⁷ Öztan, *Aile Hukuku*, s. 25.

Nişanlanmanın hukuki bir kurum olarak düzenlenmesi sayesinde, nişanlanma ile birlikte taraflar bazı hak ve yükümlülüklerle sahip olmakta ve tarafların menfaatleri özel hükümlerle korunmuş olmaktadır. Kanun koyucu, duygusal niteliği olan bir ilişkiyi kanunla düzenlemiş ancak söz konusu düzenlemeleri yaparken nişanlanmanın duygusal niteliğini göz ardı etmemiştir. Anayasa'nın 20. maddesinin birinci fıkrasında, "Herkes, özel hayatına ve aile hayatına saygı gösterilmesini isteme hakkına sahiptir. Özel hayatın ve aile hayatının gizliliğine dokunulamaz." denilmektedir. Nişanlanma, duygusal niteliği sebebiyle kişinin özel hayatını ilgilendirdiği için korunmaya değer bir kişilik hakkı olarak kabul edilmelidir.

Duygusal niteliğe sahip olan nişanlanma, evlenme vaadi anlamına geldiği için, aile kurumunun korunması, kamu düzeninin sağlanması ve toplumun ahlak anlayışına aykırılık oluşmaması gibi sebeplerle hukuk düzenince tanınmış ancak bu yapılırken tarafların hak ve menfaatleri sınırında olmak üzere nişanlanmanın duygusal niteliği de dikkate alınmıştır.

III. NİŞANLANMANIN DUYGUSAL NİTELİĞİNİN HUKUKA YANSIMASI

Nişanlanmanın duygusal niteliği, hukuki bir kurum olan nişanlanmayı çeşitli şekillerde etkilemiştir. Nişanlanmanın duygusal niteliğinin nişanlanma üzerindeki etkilerinin oldukça fazla olduğu görülmektedir. Bu başlık altında, nişanlanmanın duygusal niteliğinin hukuki bir kurum olan nişanlanma üzerindeki etkileri olarak görülebilecek durumlar incelenmektedir.

A. Nişanlanmanın Duygusal Niteliğinin Hukuki Niteliğine Etkisi

Nişanlanmanın hukuki niteliği hakkında doktrinde çeşitli görüşler⁷⁸ olsa da nişanlanmanın hukuki niteliğinin bir sözleşme olduğunun kabulü gerekmektedir. Çünkü nişanlanmanın yasal temsilcilerinin rızası olmadıkça küçüğü veya kısıtlıyı bağlamayacağını belirten TMK'nin 118. maddesinin ikinci fıkrasından ve mehz kanun olan ZGB'nin Fransızca metninin kenar başlığında "nişanlanma sözleşmesi" (contrat de fiançailles) kavramının kullanılmış olmasından, nişanlanmanın sözleşme olduğu sonucuna

⁷⁸ Nişanlanmanın hukuki niteliğinin ön sözleşme, karar ve aile hukukuna özgü sözleşme olduğuna ilişkin doktrindeki görüşler hakkında ayrıntılı bilgi için. Bkz. Dural, Ögüz ve Gümüş, *Türk Özel Hukuku Aile Hukuku*, s. 13 vd.; Kılıçoğlu, *Aile Hukuku*, s. 10-11; Akıntürk ve Ateş, *Türk Medeni Hukuku, Aile Hukuku*, s. 26 vd.; Köprülü ve Kaneti, *Aile Hukuku*, s. 43; Oğuzman ve Dural, *Aile Hukuku*, s. 23; Öztan, *Aile Hukuku*, s. 28; Fezyioğlu, *Aile Hukuku*, s. 22 vd.; Abik, "Nişanlanma ve Nişanlılık", s. 71 vd.

varılabilmektedir⁷⁹. Ayrıca nişanın kusurlu olarak bozulması ya da bozulmasına sebep olunması halinde ortaya çıkan zarar için tazminat talep etme hakkının olması, bir sözleşme ilişkisini göstermektedir⁸⁰.

Nişanlanmanın hukuki niteliği hakkında Türk-İsviçre hukuk doktrinindeki baskın görüşün, nişanlanmayı bir sözleşme (Vertragstheorie) olarak kabul eden görüş olduğu ifade edilebilir⁸¹. Nişanlanmanın bir sözleşme olduğunu kabulle birlikte bir tanım yapılması gerekirse; nişanlanma, farklı cinsten olan iki kişinin karşılıklı evlenme vaadinde bulunmak suretiyle gerçekleşen bir hukuki işlem olarak ifade edilebilir⁸².

Nişanlanmanın bir sözleşme olarak kabul edilmesiyle birlikte bu sözleşmenin ön sözleşme mi, borç sözleşmesi mi yoksa aile hukukuna özgü sözleşme mi olduğunun belirlenmesi gerekmektedir. Bu sorunun cevabı, nişanlanmanın duygusal niteliğinin dikkate alınması ile ortaya çıkmaktadır. Nişanlanmanın, kadın ve erkek arasındaki bir duygusal ilişki niteliği taşımasının, nişanlanmanın hukuki niteliğinde belirleyici rol oynadığı görülmektedir. Nişanlanmanın duygusal niteliği, nişanlıların evlenmeye zorlanmasını kabul etmez. Evlenme yükümlülüğü, "evlenmeye zorlama" olarak kabul edilmediği sürece evlenme özgürlüğü de ihlal edilmiş sayılmayacaktır⁸³. Bu sebeple evlenme borcu doğuracak, evlenmeye mecbur tutacak hukuki sonuçlar meydana getiren nitelendirmeler, nişanlanma bakımından kabul edilmemelidir.

1. Duygusal Niteliğin Nişanlanmanın Ön Sözleşme Olmasına İzin Vermemesi

Türk Borçlar Kanunu'nun (TBK) 29. maddesinin birinci fıkrasında, bir sözleşmenin ilerde yapılacağına dair sözleşmelerin geçerli olduğu ifade edilmektedir. Buna göre, tarafların birbirlerine ya da taraflardan birinin diğerine karşı, ilerde üçüncü bir kişi ile bir borç sözleşmesi yapma sözü vermelerine, bunu taahhüt etmelerine ön sözleşme (ön akit/sözleşme yapma

⁷⁹ Akıntürk ve Ateş, *Türk Medeni Hukuku Aile Hukuku*, s. 29; Kılıçoğlu, *Aile Hukuku*, s. 10; Öztan, *Aile Hukuku*, s. 28; Feyzioğlu, *Aile Hukuku*, s. 23-24; Tekinay, *Türk Aile Hukuku*, s. 9.

⁸⁰ Abik, "Nişanlanma ve Nişanlılık", s. 71-72.

⁸¹ Honsell, Vogt, Geiser, *Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht Zivilgesetzbuch* 3. Auflage Art. 90, s. 3-5; Özmen, "Nişanın Bozulmasında Cayma Akçası ve Cezai Şart (M.K 83 Madde Değişikliği)", s. 525.

⁸² Honsell, Vogt, Geiser, *Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht Zivilgesetzbuch* 3. Auflage Art. 90, s. 3.

⁸³ Tekinay, *Türk Aile Hukuku*, s. 21-22.

vaadi) denilmektedir⁸⁴. Ön sözleşmede ilerde asıl yapılmak istenen sözleşmenin yapılması taahhüt edilmiş olmaktadır. Ön sözleşmenin bir borç sözleşmesi olduğu ifade edilebilir⁸⁵. İleride yapılması taahhüt edilen sözleşme tasarruf sözleşmesi değil, borç sözleşmesi niteliği taşımaktadır. İlerde yapılması taahhüt edilen sözleşme, tasarruf sözleşmesi niteliğinde ise yapılmış olan sözleşme ön sözleşme değil, asıl sözleşme niteliğindedir⁸⁶.

Nişanlanma da “*evlenme vaadi*” olarak kabul edildiği için nişanlanmanın hukuki niteliğinin “*sözleşme vaadi*” anlamına gelen ön sözleşme olduğu düşünülebilmektedir⁸⁷. Buna göre hukuki niteliği bakımından nişanlanma, evlenmenin yapılması borcunu doğuran bir ön sözleşme (evlenme vaadi) olarak değerlendirilebilmektedir.

Kanaatimizce nişanlanmanın hukuki niteliğini ön sözleşme olarak kabul etmek mümkün olmamalıdır⁸⁸. Nişanlanmanın hukuki niteliğinin ön sözleşme olarak kabul edilmesi, nişanlanmanın duygusal niteliği ile bağdaşmamaktadır. Çünkü nişanlanmanın ön sözleşme olarak kabul edilmesinin sonuçları, nişanlanmanın duygusal niteliğine aykırılık teşkil etmektedir. Çünkü ön sözleşme ile ilerde asıl sözleşmenin yapılması vaat

⁸⁴ Hüseyin Hatemi ve Emre Gökyayla, *Borçlar Hukuku Genel Bölüm*, İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2017, s. 57 vd.; Safa Reisoğlu, *Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, İstanbul: Beta Yayınları, 2014, s. 97; Ali Naim İnan ve Özge Yücel, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2014, s. 251; Fikret Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Ankara: Yetkin Yayınları, 2013, s. 308; Mustafa Ünlütepe, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2021, s. 71-72; Hasan Ayrancı, *Ön Sözleşme*, Ankara: Yetkin Yayınları, 2006, s. 41; Necip Kocayusufpaşaoğlu vd., *Borçlar Hukuku Genel Bölüm Birinci Cilt*, İstanbul: Filiz Kitabevi, 2010, s. 100; O. Gökhan Antalya, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt I*, İstanbul: Legal Yayıncılık, 2015, s. 362; Akıntürk ve Ateş, *Türk Medeni Hukuku Aile Hukuku*, s. 26; Dural, Ögüz ve Gümüş, *Türk Özel Hukuku Aile Hukuku*, s. 13-14; Oğuzman ve Dural, *Aile Hukuku*, s. 23; Feyzioğlu, *Aile Hukuku*, s. 22; Tekinay, *Türk Aile Hukuku*, s. 9.

⁸⁵ Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, s. 308; Ünlütepe, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, s. 72; Ayrancı, *Ön Sözleşme*, s. 49; Hatemi ve Gökyayla, *Borçlar Hukuku Genel Bölüm*, s. 57; İnan ve Yücel, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, s. 252.

⁸⁶ Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, s. 311; Ünlütepe, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, s. 72; Kocayusufpaşaoğlu, *Borçlar Hukuku Genel Bölüm Birinci Cilt*, s. 100; Ayrancı, *Ön Sözleşme*, s. 50-51; Reisoğlu, *Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, s. 98; İnan ve Yücel, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, s. 252.

⁸⁷ H. Veldet Velidedeoğlu, *Türk Medeni Hukuku Aile Hukuku*, İstanbul: Nurgök Matbaası, 1965, s. 22; Schwarz, *Aile Hukuku Cilt 1*, s. 36; Nişanlanmanın ön sözleşme niteliğini kabul edenler bile nişanlanmanın ailevi niteliğini ve genel olarak borçlar hukuku anlamında ön sözleşmeden farklılıklar taşıdığını belirtmektedir. Bkz. Koç, *Türk-İsviçre Hukukunda Nişanlanma Sözleşmesi*, s. 15; Velidedeoğlu, *Türk Medeni Hukuku Aile Hukuku*, s. 22.

⁸⁸ Aynı yönde görüşler için. Bkz. Hatemi, *Aile Hukuku*, s. 8; Akıntürk ve Ateş, *Türk Medeni Hukuku Aile Hukuku*, s. 27; Dural, Ögüz ve Gümüş, *Türk Özel Hukuku Aile Hukuku*, s. 14; Tekinay, *Türk Aile Hukuku*, s. 9; Kılıçoğlu, *Aile Hukuku*, s. 10; Özmen, “*Nişanın Bozulmasında Cayma Akçısı ve Cezai Şart (M.K 83 Madde Değişikliği)*”, s. 525; Saymen ve Elbir, *Türk Medeni Hukuku Aile Hukuku*, s. 42.

edildiği için, vaat eden asıl sözleşmeyi yapmakla yükümlüdür. Bunun sonucu olarak, ilerde asıl sözleşmeyi yapmayı vaat eden kişi bunu yapmazsa; yapması için dava açılabilir⁸⁹. Buna karşılık nişanlanmada durum farklıdır. Nişanlanmanın duygusal niteliği kanun koyucu tarafından da dikkate alınmış, TMK'nin 119. maddesinin birinci fıkrasındaki "*Nişanlılık, evlenmeye zorlamak için dava hakkı vermez.*" şeklindeki düzenleme ile bu husus vurgulanmıştır⁹⁰. Aksi halde, birbirleriyle evlenmek istemeyen nişanlılar için evlenme borcu doğmuş olmaktadır. Bu da nişanlıların evlenmeye zorlanmaları anlamına gelmektedir.

Nişanlanmanın duygusal niteliği sebebiyle ön sözleşme olarak kabul edilememesinin bir diğer gerekçesi ise ön sözleşmede sözleşme cezası öngörülebilmesi ve cezai şart olarak tazminat kararlaştırılabilmesidir⁹¹. Nişanlanmada, evlenmekten kaçınma hali için cayma tazminatı ya da cezai şart kararlaştırılması, bunları ödemek istemeyen veya ödeyecek durumda olmayan nişanlılar bakımından istemedikleri halde evlenmeye zorlayacak sebepler olabilmektedir. Bu zorlama ise nişanlanmanın duygusal niteliğine aykırılık teşkil etmektedir. Her ne kadar evlenmekten kaçınma hali için öngörülen cayma tazminatına ve cezai şarta geçerlilik tanınmasının, nişanın sırf kapris yüzünden bozulmasını önleyeceğini belirten görüşler⁹² olsa da kanaatimizce bu kabul evlenmeye zorlama sonucunu doğuracağı ve iradeyi baskı altında tutacağı için bu durum nişanlanmanın duygusal niteliği ile bağdaşmayacaktır. Nişanlıları bu tür bir zorlama ile karşı karşıya bırakmak istemeyen kanun koyucu TMK'nin 119. maddesinin ikinci fıkrasındaki "*Evlenmekten kaçınma hali için öngörülen cayma tazminatı ve ceza şartı dava*

⁸⁹ Koç, *Türk-İsviçre Hukukunda Nişanlanma Sözleşmesi*, s. 15; Reisoğlu, *Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, s. 98; İnan ve Yücel, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, s. 255; Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, s. 313 vd.; Ünlütepe, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, s. 73; Öztan, *Aile Hukuku*, s. 29; Dural, Ögüz ve Gümüş, *Türk Özel Hukuku Aile Hukuku*, s. 14; Akıntürk ve Ateş, *Türk Medeni Hukuku, Aile Hukuku*, s. 27; Kılıçoğlu, *Aile Hukuku*, s. 10; Köprülü ve Kaneti, *Aile Hukuku*, s. 43; Oğuzman ve Dural, *Aile Hukuku*, s. 23; Feyzioğlu, *Aile Hukuku*, s. 23; Abik, "*Nişanlanma ve Nişanlılık*", s. 73; Açılacak davada verilecek hükmün yenilik doğurucu veya eda hükmü olması tartışmalı olsa da kanaatimizce hem asıl sözleşmenin kurulması hem de asıl sözleşmeden doğan borcun ifası aynı dava ile talep edilebilmelidir. Bu husustaki tartışma için. Bkz. Antalya, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt I*, s. 366 vd.; Ayrancı, *Ön Sözleşme*, s. 174 vd.; Kocayusufpaşaoğlu, *Borçlar Hukuku Genel Bölüm Birinci Cilt*, s. 107-108.

⁹⁰ Aynı yönde olmak üzere ZGB Art. 92/III maddesi şu şekildedir: "Aus dem Verlöbnis entsteht kein klagbarer Anspruch auf Eingehung der Ehe."

⁹¹ Öztan, *Aile Hukuku*, s. 29; Dural, Ögüz ve Gümüş, *Türk Özel Hukuku Aile Hukuku*, s. 14; Akıntürk ve Ateş, *Türk Medeni Hukuku, Aile Hukuku*, s. 27; Kılıçoğlu, *Aile Hukuku*, s. 10; Köprülü ve Kaneti, *Aile Hukuku*, s. 43; Oğuzman ve Dural, *Aile Hukuku*, s. 23; Feyzioğlu, *Aile Hukuku*, s. 23; Abik, "*Nişanlanma ve Nişanlılık*", s. 73.

⁹² Bahsedilen görüş için. Bkz. Tekinay, *Türk Aile Hukuku*, s. 23.

edilemez." şeklindeki düzenleme ile nişanlılar için bahsedilen riski ortadan kaldırmış olmaktadır.

Ön sözleşmede asıl sözleşmenin yapılmamasından doğan zararın tazmininin, genel ilkelere göre talep ve dava edilebilme imkânı mevcuttur⁹³. Nişanın bozulması halinde de tazminat ödenmesi söz konusu olabilmektedir. TMK'nin 120. maddesine göre, "Nişanlılardan biri haklı bir sebep olmaksızın nişanı bozduğu veya nişan taraflardan birine yükletilebilen bir sebeple bozulduğu takdirde; kusuru olan taraf, diğerine dürüstlük kuralları çerçevesinde ve evlenme amacıyla yaptığı harcamalar ve katlandığı maddî fedakârlıklar karşılığında uygun bir tazminat vermekle yükümlüdür..." Bu maddeden nişanın taraflardan birine yükletilebilecek bir kusur sebebiyle bozulması halinde maddi tazminatın ödenmesinin gündeme geleceği anlaşılmaktadır. Buna göre TMK'nin 120. maddesinde düzenlenen maddi tazminat, TMK'nin 119. maddesinin ikinci fıkrasında yasaklanan ve evlenmekten kaçınma halinde ödenmesi öngörülen tazminat değildir. Nişanlanmanın haklı bir sebeple bozulması halinde kusurlu olan taraftan uğranılan zarar sebebiyle talep edilebilecek olan tazminattır⁹⁴. Bu sebeple, maddi tazminatın doğrudan evlenmeye zorlama hakkı vermemesi sebebiyle nişanlanmanın duygusal niteliğine aykırılık oluşturmadığı kanaatindeyiz. Çünkü nişanın bozulması halinde gündeme gelen maddi tazminat doğrudan evlenmekten kaçınma için öngörülmemiş, nişanlanmanın evlenme ile sonuçlanacağı inancıyla yapılan masrafların karşılanması amacıyla düzenlenmiştir. Buna göre nişanlanmanın duygusal niteliği, nişanı kusuruyla bozan tarafın her halde sorumsuz olacağı şeklinde anlaşılmalıdır.

Nişanlanmanın duygusal niteliği, nişanlanmanın taraflarının farklı cinsten olmasını gerekli kıldığı için nişanlanma, ön sözleşmeden bu yönüyle de ayrılmaktadır. Nişanlanmanın kadın ve erkek arasında kurulan duygusal bir ilişki niteliği taşıması sebebiyle nişanlanmanın taraflarının farklı cinsten olmaları gerekirken ön sözleşme bakımından bu zorunluluk söz konusu olmamaktadır. Başka bir anlatımla, ön sözleşmenin geçerli olması için tarafların cinsiyeti önem taşımaz iken, nişanlanmanın kadın ve erkek

⁹³ Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, s. 315; Öztan, *Aile Hukuku*, s. 29; Dural, Ögüz ve Gümüş, *Türk Özel Hukuku Aile Hukuku*, s. 14; Akıntürk ve Ateş, *Türk Medeni Hukuku, Aile Hukuku*, s. 27; Oğuzman ve Dural, *Aile Hukuku*, s. 23.

⁹⁴ Kılıçoğlu, *Aile Hukuku*, s. 17.

arasında kurulan duygusal bir ilişki niteliği taşıması sebebiyle nişanlanmanın geçerli olması için tarafların farklı cinsten olmaları gerekmektedir⁹⁵.

2. Duygusal Niteliğin Nişanlanmanın Borç Sözleşmesi Olmasına İzin Vermemesi

Nişanlanmanın, sözleşme olduğunu kabulle birlikte bu sözleşmenin borçlar hukuku anlamında bir sözleşme olduğunu söylemek güçtür. Kadın ve erkeğin birbirlerine evlenme vaadinde bulunmalarıyla ortaya çıkan nişanlanmanın doğal sonucu nişanlıların birbirleriyle evlenmesi olsa da evlenmek için birbirlerini zorlayamazlar⁹⁶. Nişanlanma ile doğan evlenme yükümlülüğünden bahsedilse de bu yükümlülük borçlar hukuku anlamında bir borç niteliği taşımamaktadır. Nişanlanmanın duygusal niteliği, evlenmeye zorlama hakkını kabul etmediği için, nişanlanmanın bir borç sözleşmesi olarak kabul edilmesi mümkün olmamalıdır. Aksi halde birbirleriyle evlenmek istemeyen nişanlılar evlenmeye zorlanır ve bu da nişanlanmanın duygusal niteliğine aykırılık teşkil ederdi.

Her ne kadar niteliğine uygun olduğu nispette borçlar hukuku hükümlerinin nişanlanma için uygulanabileceği kabul edilse de nişanlanma, borçlar hukukuna ilişkin hükümlerden farklı hükümlere tabidir⁹⁷. Borçlar hukukuna ilişkin bir sözleşmede borçlu borcunu yerine getirmek zorundadır. Borçlu borcunu ifa etmezse, aynen ifaya mecbur tutulabilir⁹⁸. İfadan kaçınması halinde ise bu yüzden zarar doğarsa, bunu karşılamakla yükümlü olur⁹⁹. Ancak nişanlanma bakımından durum farklı olup bu yaptırımlar

⁹⁵ Dural, Ögüz ve Gümüş, *Türk Özel Hukuku Aile Hukuku*, s. 14; Öztan, *Aile Hukuku*, s. 30; Feyzioglu, *Aile Hukuku*, s. 23; Koç, *Türk-İsviçre Hukukunda Nişanlanma Sözleşmesi*, s. 16; Ateş, "4721 Sayılı Yeni Türk Medeni Kanunu'nda Nişanlanma", s. 8.

⁹⁶ Dural, Ögüz ve Gümüş, *Türk Özel Hukuku Aile Hukuku*, s. 25; Akıntürk ve Ateş, *Türk Medeni Hukuku Aile Hukuku*, s. 40; Kılıçoğlu, *Aile Hukuku*, s. 11.

⁹⁷ Öztan, *Aile Hukuku*, s. 32; Erdem, *Aile Hukuku*, s. 23-24; Feyzioglu, *Aile Hukuku*, s. 24; Oğuzman, Dural, *Aile Hukuku*, s. 24; Özmen, "Nişanın Bozulmasında Cayma Akçası ve Zevce Şart (M.K 83 Madde Değişikliği)", s. 525-526; örneğin, hazırlar arasında yapılan bir önerinin hemen kabul edilmemesi halinde önerenin önerisi ile bağlı olmaktan kurtulacağını ifade eden TBK'nin 4. maddesi, nişanlanma bakımından uygulanamaz. Nişanlanma evlenme vaadi anlamına geldiği için makul bir düşünme süresinin verilmesi, nişanlanmanın niteliği gereğidir. Bkz. Dural, Ögüz ve Gümüş, *Türk Özel Hukuku Aile Hukuku*, s. 17; Oğuzman ve Dural, *Aile Hukuku*, s. 26; Tekinay, *Türk Aile Hukuku*, s. 12.

⁹⁸ Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, s. 1028; Ünlütepe, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, s. 258; İnan ve Yücel, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, s. 605.

⁹⁹ Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, s. 1035; Ünlütepe, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, s. 259; İnan ve Yücel, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, s. 605.

uygulanamaz¹⁰⁰. Nişanın bozulması halinde TMK'nin 120. maddesinde aranan şartların varlığı halinde, sözleşmeye taraf olmayan ana, baba ya da ana baba gibi davranan kimselerin de maddi tazminat ödemekle yükümlü olması, nişanlanmanın borçlar hukuku anlamında bir sözleşme olmadığını ortaya koymaktadır¹⁰¹.

Borç sözleşmesinden farklı olarak nişanlanmada aynen ifa talebinin mümkün olmadığı, TMK'nin 119. maddesinin birinci fıkrasında, nişanlanmanın evlenmeye zorlamak için dava hakkı vermeyeceği şeklindeki düzenleme ile vurgulanmıştır. Söz konusu hüküm, emredici niteliği gereği aksine bir anlaşma yapılmasına izin vermemektedir. Aksine bir anlaşma, TBK'nin 27. maddesi uyarınca kesin hükümsüzlük yaptırımına tabi olur¹⁰².

Nişanlanma ile doğan evlenme yükümlülüğünün ahlaki bir yükümlülük olduğu, evlenmeye zorlamak için dava hakkı vermediği, her nasılsa açılan bir davada hiçbir hâkimin evlenme yönünde bir karar veremeyeceği ifade edilmelidir¹⁰³. Bu durum, taraflar arasındaki ilişkinin duygusallığına uygun olarak tarafların evlenme konusundaki özgür iradelerinin üstünlüğünü ve tartışılmaz niteliğini ortaya koymaktadır.

Nişanlanmanın evlenmeye zorlamak için dava hakkı vermemesi sonucunda evlenme yükümlülüğünün olmaması sebebiyle evlenme yükümlülüğünün eksik borç niteliğinde olduğu ifade edilmektedir¹⁰⁴. Gerçekten de nişanlanmanın evlenmeye zorlama hakkı vermemesi ama nişanlıların isterlerse evlenebilmelerinin mümkün olması sebebiyle bu anlamda evlenme yükümlülüğünün eksik borç niteliğinde olduğu kabul edilmelidir. Bunun gibi evlenmekten kaçınma hali için kararlaştırılan bir cayma tazminatı ya da ceza şartının ödenmiş olması halinde bunların iadesinin talep edilebilmesi ancak dava edilememesi sebebiyle bunların da

¹⁰⁰ Hüseyin Hatemi ve Rona Serozan, *Aile Hukuku*, İstanbul: Filiz Kitabevi, 1993, s. 30; Dural, Öğüz ve Gümüş, *Türk Özel Hukuku Aile Hukuku*, s. 15; Kılıçoğlu, *Aile Hukuku*, s. 11; Köprülü ve Kaneti, *Aile Hukuku*, s. 51; Oğuzman ve Dural, *Aile Hukuku*, s. 24.

¹⁰¹ Saymen ve Elbir, *Türk Medeni Hukuku Aile Hukuku*, s. 42-43.

¹⁰² Schwarz, *Aile Hukuku* Cilt 1, s. 46; Kılıçoğlu, *Aile Hukuku*, s. 17; Özmen, "Nişanın Bozulmasında Cayma Akçası ve Cezai Şart (M.K 83 Madde Değişikliği)", s. 540-541; Köprülü ve Kaneti, *Aile Hukuku*, s. 43; Koç, *Türk İsviçre Hukukunda Nişanlanma Sözleşmesi*, s. 2002.

¹⁰³ Özmen, "Nişanın Bozulmasında Cayma Akçası ve Cezai Şart (M.K 83 Madde Değişikliği)", s. 527-528; Köprülü ve Kaneti, *Aile Hukuku*, s. 44; Feyzioğlu, *Aile Hukuku*, s. 44.

¹⁰⁴ Buna göre nişanlanma halinde evlenmenin ifası mümkün olan ancak ifa için zorlanamayacak bir borç olduğunu ifade etmektedirler. Bununla birlikte evlenmekten kaçınma durumunda TMK'nin 120. maddesindeki şartlar mevcutsa tazminat talep edilmesi mümkün olmaktadır. Bkz. Honsell, Vogt, Geiser, *Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht Zivilgesetzbuch* 3. Auflage Art. 91, s. 2.

eksik borç niteliği taşıdığı belirtilmelidir¹⁰⁵. Çünkü TMK'nin 119. maddesinin ikinci fıkrasında, evlenmekten kaçınma durumu için cayma tazminatı ya da ceza şartının kararlaştırılamayacağı ancak ödeme yapılmış ise bunların geri istenemeyeceği düzenlenmektedir. Buna göre nişanlılar, cayma tazminatı ya da ceza şartı yoluyla evlenmek için zorlanamazlar¹⁰⁶. Çünkü kanun koyucu, gerek evlenmekten kaçınma hali için öngörülen cayma tazminatı ve cezai şartın talep edilmesini gerek de bunların ödenmiş olması halinde iadesinin istenmesini hoş görmemiş ve ahlaki değerlere aykırı bulmuştur. Buna göre iade talebinin gayri ahlaki görüldüğü bir eksik borç çeşidi söz konusu olmaktadır¹⁰⁷. Buna karşılık nişanlama ile birlikte taraflar evlenmeye mecbur olmasa bile TMK'nin 120. maddesindeki şartların gerçekleşmesi durumunda maddi tazminat talep etme hakları bulunmaktadır.

3. Duygusal Niteliği Sebebiyle Nişanlanmanın Aile Hukukuna Özgü Bir Sözleşme Olarak Kabul Edilmesinin Gerekmesi

Nişanlanma bir sözleşme olmakla birlikte bu sözleşmenin "aile hukukuna özgü bir sözleşme" olduğu ifade edilmelidir¹⁰⁸. Nişanlanmanın

¹⁰⁵ Kılıçoğlu, *Aile Hukuku*, s. 18; Öztan, *Aile Hukuku*, s. 65; Eksik bir borcun bulunmadığı, bağımsız bir aile hukuku sözleşmesinden kaynaklanan bir yükümlülüğün bulunduğuna ilişkin görüş için. Bkz. Koç, *Türk-İsviçre Hukukunda Nişanlanma Sözleşmesi*, s. 59.

¹⁰⁶ Dural, Ögüz ve Gümüş, *Türk Özel Hukuku Aile Hukuku*, s. 26; Kılıçoğlu, *Aile Hukuku*, s. 18; Akıntürk ve Ateş, *Türk Medeni Hukuku Aile Hukuku*, s. 40; Öztan, *Aile Hukuku*, s. 64.

¹⁰⁷ Öztan, *Aile Hukuku*, s. 65; Özmen, "Nişanın Bozulmasında Cayma Akçası ve Cezai Şart (M.K 83 Madde Değişikliği)", s. 552.

¹⁰⁸ B. Gülseren Özcan Büyüktanır ve Dila Okyar Karaosmanoğlu, "Evlenmeye Zorlamak İçin Öngörülen Cayma Tazminatı ya da Cezai Şart Dava Edilemez; Ancak Yapılan Ödemeler de Geri İstenemez", *Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi*, 7/1 (2017), s. 217, <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/744924> (erişim: 22.12.2023); Cyril Hegnauer, Peter Breitschmid, *Grundriss des Eherechts*, Bern: Stämpfli Verlag, 2000, s. 37; Tuor vd., *Das Schweizerische Zivilgesetzbuch* 14. Auflage §20, s. 4-5; Ateş, "4721 Sayılı Yeni Türk Medeni Kanununda Nişanlanma", s. 9; Hatemi ve Serozan, *Aile Hukuku*, s. 29 vd; Koç, *Türk İsviçre Hukukunda Nişanlanma Sözleşmesi*, s. 20-21; Hatemi, *Aile Hukuku*, s. 9; Öztan, *Aile Hukuku*, s. 32; Köprülü ve Kaneti, *Aile Hukuku*, s. 45; Erdem, *Aile Hukuku*, s. 23; Özmen, "Nişanın Bozulmasında Cayma Akçası ve Cezai Şart (M.K 83 Madde Değişikliği)", s. 525; Dural, Ögüz ve Gümüş, *Türk Özel Hukuku Aile Hukuku*, s. 15; Akıntürk ve Ateş, *Türk Medeni Hukuku Aile Hukuku*, s. 30; Kılıçoğlu, *Aile Hukuku*, s. 11; Tekinay, *Türk Aile Hukuku*, s. 9; Nişanlanmanın aile hukukuna özgü bir sözleşme olduğunu kabulle birlikte TBK'nin genel nitelikli hükümlerinin TMK'nin 5. maddesinin yaptığı atf sebebiyle aile hukukundaki özel hükümler haricinde nişanlanma bakımından uygulanmasının mümkün olduğu ifade edilmektedir. Bkz. Honsell, Vogt, Geiser, *Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht Zivilgesetzbuch*, 3. Auflage Art. 90, s. 4; Koç, "Türk-İsviçre Hukukunda Nişanlanma Sözleşmesi", s. 13; Kusurlu davranışların tespit edilmesinde ve bunun sonucu olan tazminat konusunda TBK'nin ilgili hükümleri dikkate alınmalıdır. Örneğin, hediyelerin iadesi konusunda TMK'nin 122. maddesinin yaptığı atf gereği TBK'nin sebepsiz zenginleşme hükümleri uygulanmalıdır. Ayrıca cayma tazminatı ve cezai şartın doğması, sonlanması ve hukuki sonuçları hakkında bünyesine uyduğu nispette TBK'nin genel hükümlerinin uygulanması gerekmektedir. Bkz. Özmen, "Nişanın Bozulmasında Cayma Akçası ve Cezai Şart (M.K 83 Madde Değişikliği)", s. 526-527.

duygusal niteliği, bu sözleşmeyi aile hukukuna özgü hale getirmektedir. Nişanlanma, niteliği ve önemi sebebiyle alelade bir sözleşme olarak kabul edilemez. Daha önce ifade edildiği gibi, nişanlanma evlenmeye zorlama hakkı vermemektedir. Bu anlamda bağlayıcılık oluşturmeyen bir sözleşmedir¹⁰⁹. Ayrıca nişanlanma ehliyeti de genel ehliyetten farklıdır. Ayırt etme gücüne sahip küçüklerin nişanlanabilmesi için yaş şartı aranmamaktadır¹¹⁰. Bununla birlikte tarafların buluşa ermiş olmaları, cinsel ve ruhi olgunluğa erişmiş olmalarını şart olarak arayan yazarlar da bulunmaktadır¹¹¹.

Nişanlanma, nişanlılar arasında duygusal bir içeriğe de sahip olan bir bağı ifade etmektedir. Kişinin gönül bağıyla bağlı olduğu, kendini yakın hissettiği, birlikte mutlu olacağına inandığı kişiyle hayatlarını birleştirmeleri için aldıkları bir evlenme kararıdır. Nişanlanma, bir evlenme hazırlığı dönemidir¹¹². Evlilik öncesi geçirilen bir aşama olarak nişanlanma, evliliğe hazırlık için bir geçiş süreci olarak değerlendirilebilir. Nişanlanma, taraflara birbirlerini daha yakından tanıma, inceleme, anlama ve değerlendirme imkânı vermektedir¹¹³. Ayrıca bu süreçte evlenme engellerinin olup olmadığının ortaya çıkması sağlanmış olmaktadır¹¹⁴.

Nişanlanma farklı cinsten olan iki kişinin yapacakları evliliğin sağlam temellere dayanmasını ve daha sonra da düzen içinde devam ettirilebilmesini sağlama amacını taşımaktadır. Doğru karar alabilmek için taraflara bir imkân tanınmakta ve kurulacak olan ailenin sağlam temeller üzerinde doğması sağlanmış olmaktadır. Bu sürecin sonunda nişanlıların evlenme gerçekleşmeden ayrılmaları da doğaldır. Nişanlanmanın duygusal niteliği sebebiyle taşıdığı bu özel içerik, aile hukukunun ruhuna uygun bir

¹⁰⁹ Öztan, *Aile Hukuku*, s. 32.

¹¹⁰ Mustafa Şahin, "İsviçre Medeni Kanunu'nda Yapılan Değişiklikler Çerçevesinde Türk Hukukunda Ayırt Etme Gücüne Sahip Küçük ve Kısıtlıların (Sınırlı Ehliyetsizlerin) Nişanlanma Ehliyeti (TMK m.16/l, 118/II)", Ankara Barosu Dergisi, 4/81 (2014), s. 89, <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/398206> (erişim: 23.12.2023)

¹¹¹ Velidedeoğlu, *Türk Medeni Hukuku Aile Hukuku*, s. 24; Öztan, *Aile Hukuku*, s. 32; Abik, "Nişanlanma ve Nişanlılık", s. 74; Saymen ve Elbir, *Türk Medeni Hukuku Aile Hukuku*, s. 45.

¹¹² Avcı, *Türk Hukuk Tarihi*, s. 313; Akıntürk ve Ateş, *Türk Medeni Hukuku Aile Hukuku*, s. 24-25; Özen Arslan, "Nişanlanmanın Sona Ermesi ve Sonuçları", s. 5; Köprülü ve Kaneti, *Aile Hukuku*, s. 42; Öztan, *Aile Hukuku*, s. 26.

¹¹³ Köprülü ve Kaneti, *Aile Hukuku*, s. 42; Özen Arslan, "Nişanlanmanın Sona Ermesi ve Sonuçları", s. 5; Köprülü ve Kaneti, *Aile Hukuku*, s. 42; Öztan, *Aile Hukuku*, s. 26; Koç, *Türk-İsviçre Hukukunda Nişanlanma Sözleşmesi*, s. 11; Abik, "Nişanlanma ve Nişanlılık", s. 69.

¹¹⁴ Özmen, "Nişanın Bozulmasında Cayma Akçası ve Cezai Şart (M.K 83 Madde Değişikliği)", s. 523; Öztan, *Aile Hukuku*, s. 27; Abik, "Nişanlanma ve Nişanlılık", s. 70.

değerlendirmeye, nişanlanmanın aile hukukuna özgü bir sözleşme olarak kabul edilmesini gerektirmektedir.

Nişanlanmayı sadece tarafların birbirini tanıma süreci olarak kabul etmek bir yanılgıdır. Başka bir anlatımla, nişanlanmanın asıl amacı nişanlıların birbirini tanıması değildir. Çünkü nişanlanma ile birlikte bazı hak ve yükümlülükler doğmakta ve nişanın sona ermesi durumunda da yine taraflar çeşitli hak ve yükümlülüklerle sahip olabilmektedir. Nişanlanmanın asıl amacı nişanlıların birbirini tanıma süreci olsaydı, nişanın bozulması halinde taraflar bu sebeple yükümlülük altına girmezlerdi¹¹⁵. Gerçekten de kanunda düzenlenen nişanlanmanın amacı, taraflar arasındaki bu ilişkinin evlenmeye sonuçlanmasını sağlamaktır¹¹⁶. Nişanlanma ile birlikte nişanlıların evlenmeyi gerçekleştirmeye yönelik bazı eylemlerde bulunmaları gerekmektedir. Bu sebeple nişanlılar, en uygun vakitte evlenmenin gerçekleşmesi için üzerlerine düşeni yapmalıdır. Bu kapsama evliliğin gerekli kıldığı maddi harcamalar ile ev kiralanması gibi hususlar da girmektedir¹¹⁷. Yine evliliğin devamını sağlamaya imkân verecek bir mesleğin aranıp bulunması gerekmektedir¹¹⁸. Sadece evlenmeye hazır olduğu söylemek, nişanlanmadan doğan yükümlülüklerin yerine getirilmiş olduğu anlamına gelmemektedir¹¹⁹.

Nişanlanmanın kökeninde duygusal bir ilişki olsa da nişanlanmanın evlenme vaadi olmasından hareketle ilerde evlenmenin gerçekleşeceğine olan inanç kapsamında malvarlığı değerlerinde bazı azalmalar gerçekleşebilmektedir¹²⁰. Bu ise tarafların hak ve menfaatlerinin korunmasını gerektirmektedir. Tarafların hak ve menfaatlerinin korunması için nişanlanmanın aile hukukuna özgü olmak kaydıyla bir sözleşme olduğunun kabulü gerekmektedir.

B. Duygusal Niteliği Sebebiyle Nişanlanmanın Farklı Cinsten Kişiler Arasında Kurulabilmesi

Duygusal ilişkinin taraflarının hangi cinsten olabileceklerinin kabulü, ülkelerin örf adet ve hakim ahlak anlayışına göre değişebilmektedir. Örneğin, Hollanda Medeni Kanunu'nun 1.5 üst başlığı altındaki 1:30 maddesine göre,

¹¹⁵ Öztan, *Aile Hukuku*, s. 26.

¹¹⁶ Köprülü ve Kaneti, *Aile Hukuku*, s. 42.

¹¹⁷ Erdem, *Aile Hukuku*, s. 30; Tekinay, *Türk Aile Hukuku*, s. 10.

¹¹⁸ Tekinay, *Türk Aile Hukuku*, s. 10.

¹¹⁹ Tekinay, *Türk Aile Hukuku*, s. 10.

¹²⁰ Ergüne, "Nişanın Bozulmasında Maddi Tazminat", s. 759.

aynı veya farklı cinsten iki kişinin evlenebileceği açıkça düzenlenmektedir¹²¹. Türk Hukuku bakımından; TMK'nin 124. ve 134. maddelerinin birinci fıkrası ile EY'nin 16. maddesinin birinci fıkrasında, evliliğin taraflarının farklı cinsten olması gerektiği açıkça ifade edilmişken, nişanlanmaya ilişkin hükümlerde bir cins vurgusunun yapılmadığı görülmektedir¹²². Evlenmenin farklı cinsten olanlar arasında yapılabileceğini kabul eden kanun koyucunun, evlenme vaadi anlamına gelen nişanlanma için cins vurgusu yapmaya gerek duymadığı düşünülebilir. Buna göre, Türk toplumundaki hakim ahlak anlayışı ve örf adetler sebebiyle duygusal ilişkinin Türk hukuku bakımından farklı cinsten kişiler arasında olabileceğinin kabulü gerekmektedir.

Genel olarak sözleşmelerde tarafların farklı cinsten olmaları zorunlu değilken, nişanlanmanın kadın ve erkek arasındaki duygusal niteliği olan bir ilişki olması, nişanlanmanın taraflarını da etkilemektedir. Aynı cinsten kişilerin nişanlanabilmesi imkân dâhilinde değildir. Nişanlanma, evlenme vaadi anlamına geldiği için aynı cinsten kişilerin nişanlanması halinde, tarafların evlenmesine hukuk düzeni izin vermemektedir¹²³. Aynı cinsten kişilerin nişanlanması halinde evlenmenin imkânsız hale geleceği ve bu sebeple TMK'nin 5. maddesinin yaptığı atfı gereği TBK'nin 27. maddesine göre nişanlanmanın kesin hükümsüz olacağı ifade edilmektedir.¹²⁴. Ayrıca

¹²¹ "A marriage may be entered into by two persons of a different or of the same gender (Sex)" Bkz. <http://www.dutchcivillaw.com/legislation/dcctitle055.htm> (erişim: 23.12.2023).

¹²² Şahin, "İsviçre Medeni Kanunu'nda Yapılan Değişiklikler Çerçevesinde Türk Hukukunda Ayırt Etme Gücüne Sahip Küçük ve Kısıtlıların (Sınırlı Ehliyetsizlerin) Nişanlanma Ehliyeti (TMK m.16/1, 118/II)", s. 88.

¹²³ Dural, Ögüz ve Gümüş, *Türk Özel Hukuku Aile Hukuku*, s. 72; Hatemi, *Aile Hukuku*, s. 34; Kılıçoğlu, *Aile Hukuku*, s. 59; Son zamanlarda aynı cinsten olanların birlikte yaşamalarının artması sebebiyle Hollanda, Almanya, İsviçre gibi Batı ülkelerinde birlikte yaşama konusunda kanuni düzenlemelerin yapıldığı görülmektedir. Örneğin Almanya, eşcinsellerin birlikte yaşamalarını düzenleyen, Anayasa'da düzenlenen kişiler arasındaki ayrımcılığı önleme amacı doğrultusunda bir kanun çıkarmıştır. Bkz. Dural, Ögüz ve Gümüş, *Türk Özel Hukuku Aile Hukuku*, s. 72; Eşcinsellerin birliktelikleri için evlilik düzenlemesinin yapılmamasının gerektiği ve bunun da eşitlik ve ayrımcılık ilkelerini ihlal etmeyeceği yönündeki görüş için. Bkz. Hatemi, *Aile Hukuku*, s. 34 vd.

¹²⁴ Yazar aynı cinsten kişilerin nişanlanması halinde evlenme imkânsız olacağı için TMK'nin 5. maddesinin yaptığı atfı gereği TBK'nin 27. maddesi uyarınca bunun kesin hükümsüzlük yaptırımına tabi olması gerektiğini ifade etmektedir. Çünkü bu halde evlenmeden farklı olarak kesin hükümsüzlüğün, nişanlanmanın yapıldığı andan itibaren ve kendiliğinden gerçekleşeceğini belirtmektedir. Buna karşılık yazar, yokluk yaptırımının hukuk düzeninin kınamasını daha çok vurguladığı gerekçesiyle aynı cinsten kişilerin nişanlanmasının da yokluk yaptırımına tabi olmasının uygun olacağını kabul etmektedir. Bkz. Hatemi, *Aile Hukuku*, s. 10-11.

ahlaka aykırılık sebebiyle de kesin hükümsüz sayılabileceği belirtilmektedir¹²⁵.

Kanaatimizce aynı cinsten olan iki kişinin nişanlanmasının yokluk yaptırımına tabi olduğu kabul edilmelidir¹²⁶. Nişanlanma iradelerinin farklı cinsten kişiler tarafından açıklanması, nişanlanma bakımından kurucu niteliktedir¹²⁷. Çünkü nişanlanmanın duygusal niteliği gereği farklı cinsten olma, nişanlanma için kurucu nitelik taşımaktadır. Aynı cinsten olanların evlenmeleri halinde evlenme bakımından kabul edilen yokluk; nişanlanma bakımından da kabul edilmelidir. Nişanlanma sırasında farklı cinsten olmakla birlikte nişanlanmanın ardından nişanlılardan birinin cinsiyet değiştirmesi halinde ise (TMK m. 40) nişanlanmanın kendiliğinden geçersiz hale geldiğini kabul etmek gerekmektedir¹²⁸.

Aynı cinsten olanların nişanlanması, geçerli bir nişanlanma ortaya çıkarmadığı için bu ilişki bakımından nişanlanma hükümlerinin uygulanması mümkün olmamalıdır. Aynı cinsten iki kişinin nişanlanması halinde, geçerli bir nişanlanmadan söz edilemediği için taraflardan biri aldatıldığı gerekçesiyle, nişanın bozulmasına ilişkin hükümlere değil, haksız fiile ilişkin hükümlere başvurulabilir¹²⁹. Taraflardan birinin diğer tarafla aynı cinsten olduğunu gizlemiş olması halinde yine geçerli bir nişanlanmadan söz edilemez. Bu ihtimalde taraflardan birinin zarara uğraması halinde nişanlanma hükümlerine göre değil, nişanlanmanın aile hukukuna özgü bir sözleşme olduğunu kabulde birlikte "*culpa in contrahendo*" sebebiyle sorumluluk ilkelerine göre zarar tazmini talebinde bulunulabilir¹³⁰

¹²⁵ Yazara göre, ahlaka aykırılığın sebebi, topluma hakim olan değer yargılarıdır. Bkz. Koç, "*Türk-İsviçre Hukukunda Nişanlanma Sözleşmesi*", s. 39.

¹²⁶ Aynı yönde görüş için. Bkz. Köprülü ve Kaneti, *Aile Hukuku*, s. 49; Oğuzman ve Dural, *Aile Hukuku*, s. 26; Erdem, *Aile Hukuku*, s. 28.

¹²⁷ Dural, Öğüz ve Gümüş, *Türk Özel Hukuku Aile Hukuku*, s. 15.

¹²⁸ Dural, Öğüz ve Gümüş, *Türk Özel Hukuku Aile Hukuku*, s. 18; Akıntürk ve Ateş, *Türk Medeni Hukuku Aile Hukuku*, s. 44; Kılıçoğlu, *Aile Hukuku*, s. 21; Özen Arslan, "*Nişanlılığın Sona Ermesi ve Sonuçları*", s. 13.

¹²⁹ Oğuzman ve Dural, *Aile Hukuku*, s. 26; Öztan, *Aile Hukuku*, s. 47.

¹³⁰ Öztan, *Aile Hukuku*, s. 47; Hatemi, *Aile Hukuku*, s. 25; Ergüne, "*Nişanın Bozulmasında Maddi Tazminat*", s. 760.

C. Duygusal Niteliği Sebebiyle Nişanlanma ve Nişanı Bozmanın Kişiyeye Sıkı Sıkıya Bağlı Haklardan Olması

Nişanlanma, “kişiyeye sıkı sıkıya bağlı hak”¹³¹ niteliğindedir¹³². Çünkü nişanlanma duygusal niteliği sebebiyle kişiyi ve kişilik alanını doğrudan etkilemektedir. Kişiyeye sıkı sıkıya bağlı hakların kullanılması, hak sahibinin kişilik alanında ortaya çıktığı için nişanlılardan birinin, diğerini evlenmeye zorlaması mümkün olmamaktadır¹³³.

Kişiyeye sıkı sıkıya bağlı hakların bizzat hak sahibi tarafından kullanılması, genel kabul görmüş bir hukuk ilkesidir. TMK’nin 16. maddesinin birinci fıkrasının ikinci cümlesinde, sınırlı ehliyetsizlerin bile kişiyeye sıkı sıkıya bağlı haklarını kullanmaları için yasal temsilcilerinin rızasına gerek olmadığı açıkça belirtilmektedir. Bununla birlikte nişanlanma bakımından kanun koyucu bu genel ilkedan ayrılmış, TMK’nin 118. maddesinin ikinci fıkrasında, nişanlanmanın yasal temsilcinin rızası¹³⁴ olmadan küçük ve kısıtlıyı bağlamayacağını kabul etmiştir¹³⁵.

Sınırlı ehliyetsizlerin nişanlanmasında yasal temsilcinin rızası ile ilgili doktrinde iki görüş savunulmaktadır. Birinci görüş¹³⁶ göre, nişanlanma, sınırlı ehliyetsizi bağlamaz iken diğer tarafın tam ehliyetli olması halinde onu bağlar. Nişanlanmanın sınırlı ehliyetsizi bağlaması için, yasal temsilcinin onay vermesi gerekmektedir. Yasal temsilci, onay verinceye kadar nişanlanma askıda hükümsüz olmaktadır. İkinci

¹³¹ Kişiyeye sıkı sıkıya bağlı haklar, başkalarına devredilemez, miras yoluyla geçmez. Hak sahibinin kişiliğini yakından ilgilendirir. Ekonomik bir değer taşımaz. Doğrudan hak sahibine ait haklardır. Bkz. Bilge Öztan, *Şahsın Hukuku Hakiki Şahıslar*, Ankara: Turhan Kitabevi, 1994, s. 89.

¹³² Mustafa Dural ve Tufan Ögüz, *Türk Özel Hukuku Kişiler Hukuku*, İstanbul: Filiz Kitabevi, 2019, s. 93; Köprülü ve Kaneti, *Aile Hukuku*, s. 46; Öztan, *Şahsın Hukuku Hakiki Şahıslar*, s. 89.

¹³³ Koç, “*Türk-İsviçre Hukukunda Nişanlanma Sözleşmesi*”, s. 21.

¹³⁴ 743 sayılı Türk Kanun-u Medeni’sinde, rızanın sonradan verilmesi anlamına gelen “muafakat” kavramı kullanılırken 4721 sayılı TMK’de rızanın önceden veya sonradan verilebileceğini kapsayan bir kavram olan “rıza” kavramının kullanılması tercih edilmiştir.

¹³⁵ Tekinay, *Türk Aile Hukuku*, s. 14; Akıntürk ve Ateş, *Türk Medeni Hukuku Aile Hukuku*, s. 31; Saymen ve Elbir, *Türk Medeni Hukuku Aile Hukuku*, s. 46; Köprülü ve Kaneti, *Aile Hukuku*, s. 48.

¹³⁶ Akıntürk ve Ateş, *Türk Medeni Hukuku Aile Hukuku*, s. 31-32; Kılıçoğlu, *Aile Hukuku*, s. 12-13; İsviçre hukukunda yasal temsilcinin rızasının olmadığı durumda ZGB hükümleri dikkate alındığında “topal” bir işlemde bahsedilmesi gerekmektedir. Bkz. Heinz Hausheer, Thomas Geiser, Regina Aebi-Müller, *Das Familienrecht des Schweizerischen Zivilgesetzbuches*, Bern: 2007, s. 38.

görüŖe¹³⁷ göre ise, kanun koyucu sınırlı ehliyetsizi, nişanlanmanın getirdiği “mali yükümlülükler” den korumak için yasal temsilcinin rızasını aramaktadır. Bu sebeple sınırlı ehliyetsizin nişanlanması halinde sadakat yükümlülüğü doğmakla birlikte nişanın bozulması halinde mali bakımdan sorumluluk oluşmamaktadır.

İsviçre hukukuna bakıldığında, “Unmündige oder Entmündigte werden ohne Zustimmung des gesetzlichen Vertreters durch ihre Verlobung nicht verpflichtet”¹³⁸ şeklinde olan ZGB Art. 90. maddesinin ikinci fıkrası, 2013 yılında deđiştirilerek¹³⁹ “Minderjährige werden ohne Zustimmung des gesetzlichen Vertreters durch ihre Verlobung nicht verpflichtet”¹⁴⁰ halini almıştır. Buna göre küçükler anlamına gelen “Unmündige” ve kısıtlılar anlamına gelen “Entmündigte” kavramları yerine küçükler anlamında çevrilebilecek olan “Minderjährige” kavramı kullanılmıştır¹⁴¹. Bununla birlikte yasal temsilcinin rızasının aranması gerektiği hususunda değişiklik yapılmamıştır¹⁴². Buna karşılık ZGB’deki bu değişiklik, yasal temsilcinin rızasının aranacağı kiŖi topluluğunda bir değişiklik yaratmıştır¹⁴³.

Doktrinde bir görüş¹⁴⁴, ZGB’deki değişikliğin benimsenmesi gerektiğini, hatta küçükler için bile nişanlanma bakımından yasal temsilci rızasının aranmaması gerektiğini belirtmektedir¹⁴⁵. Buna göre, sınırlı

¹³⁷ Dural, Öğüz ve Gümüş, *Türk Özel Hukuku Aile Hukuku*, s. 19; Nişanlanmada yasal temsilcinin rızası, nişanlanmanın geçerli olması için değil; nişanın bozulmasının sonuçları bakımından aranmaktadır. Bkz. Dural ve Öğüz, *Türk Özel Hukuku KiŖiler Hukuku*, s. 93.

¹³⁸ Küçükler ve kısıtlılar, yasal temsilcilerinin rızası olmaksızın nişanlanma ile yükümlülük altına girmezler.

¹³⁹ Değişiklik öncesinde, İsviçre hukukunda, Türk Hukukuna benzer şekilde tartışmalar yaşanmaktaydı. Bkz. Hausheer, Geiser, Aebi-Müller, *Das Familienrecht des Schweizerischen Zivilgesetzbuches*, s. 37 vd.

¹⁴⁰ Küçükler, yasal temsilcilerinin rızası olmaksızın nişanlanma ile yükümlülük altına girmezler.

¹⁴¹ Şahin, “İsviçre Medeni Kanunu’nda Yapılan Değişiklikler Çerçevesinde Türk Hukukunda Ayırt Etme Gücüne Sahip Küçük ve Kısıtlıların (Sınırlı Ehliyetsizlerin) Nişanlanma Ehliyeti (TMK m.16/I, 118/II)”, s. 98.

¹⁴² Hausheer, Geiser, Aebi-Müller, *Das Familienrecht des Schweizerischen Zivilgesetzbuches*, s. 38.

¹⁴³ Şahin, “İsviçre Medeni Kanunu’nda Yapılan Değişiklikler Çerçevesinde Türk Hukukunda Ayırt Etme Gücüne Sahip Küçük ve Kısıtlıların (Sınırlı Ehliyetsizlerin) Nişanlanma Ehliyeti (TMK m.16/I, 118/II)”, s. 98.

¹⁴⁴ Şahin, “İsviçre Medeni Kanunu’nda Yapılan Değişiklikler Çerçevesinde Türk Hukukunda Ayırt Etme Gücüne Sahip Küçük ve Kısıtlıların (Sınırlı Ehliyetsizlerin) Nişanlanma Ehliyeti (TMK m.16/I, 118/II)”, s. 100-101.

¹⁴⁵ Yazar, nişanlanma ehliyetini etkilemeyen bir sebeple kısıtlanan kiŖilerin nişanlanabilmesi için yasal temsilcilerin rızasının aranmasına neden gerek duyulduğu hususuna dikkat çekmektedir. Ayrıntılı bilgi için. Bkz. Şahin, “İsviçre Medeni Kanunu’nda Yapılan Değişiklikler Çerçevesinde Türk Hukukunda Ayırt Etme Gücüne Sahip Küçük ve Kısıtlıların (Sınırlı Ehliyetsizlerin) Nişanlanma Ehliyeti (TMK m.16/I, 118/II)”, s. 94 vd.

ehliyetsizler ayırt etme gücüne sahip olmaları sebebiyle, TMK'nin 16. maddesinin ikinci fıkrasına göre, haksız fiillerinden sorumlu olup tazminat ödemek zorunda kalabilmektedirler. Haksız fiillerinden sorumlu olmaları bakımından sınırlı ehliyetsizleri koruma gerekçesi ileri sürülerek haksız fiillerinden sorumlu olmayacakları kabul edilmemiştir. Bu sebeple nişanlanma için sınırlı ehliyetsizlerin yasal temsilcilerinin rızasının aranmaması kabul edilirse, sınırlı ehliyetsizlerin haksız fiil sorumlulukları ile de uyum sağlanmış olacaktır.

Kanaatimizce de aynı gerekçelerle nişanlanmada yasal temsilcinin rızasının aranmaması gerekmektedir. Örneğin, sınırlı ehliyetsizin nişanlanması halinde yasal temsilcisinin rızasının olmadığı ihtimalde, ya nişanlanma baştan itibaren hem sadakat hem de mali yükümlükler bakımından sınırlı ehliyetsizi bağlamayacak; ya da baştan itibaren sadakat yükümlülüğü bakımından bağlarken mali yükümlülükler bakımından bağlamayacaktır. Yasal temsilcinin rıza göstermediği ihtimalde her iki olasılıkta da sınırlı ehliyetsiz mali bakımdan sorumlu olmamaktadır. Bu halde nişanlanmanın evlenme ile sonuçlanmaması halinde, tazminat ödenmesi gündeme gelmemektedir. Böylece, sınırlı ehliyetsiz korunmuş olmakta iken; diğer tarafın uğradığı zarar görmezden gelinmiş olmaktadır. Oysaki geçerli bir nişanlanma kabul edilmiş olsaydı, nişanın bozulmasında kusurlu olan tarafın ortaya çıkan zarardan sorumluluğu kabul edilmiş olurdu. Ayrıca nişanlanma duygusal niteliği gereği, kişiye sıkı sıkıya bağlı haklardan olduğu için, bizzat hak sahibinin kendisi tarafından kullanılması ve yasal temsilcinin rızasının aranmamasının kabul edilmesi halinde TMK'nin 16. maddesinin birinci fıkrası ile de uyum sağlanmış olurdu.

Nişanlanma kişiye sıkı sıkıya bağlı haklardan olduğu gibi nişanı bozmak da kişiye sıkı sıkıya bağlı haklardandır¹⁴⁶. Çünkü nişanı bozmak, nişanlanmanın duygusal niteliğinden dolayı kişiliği yakından ilgilendirdiği için bu hakkın bizzat hak sahibi tarafından kullanılması gerekmektedir. Bu sebeple evlenmek istemeyen nişanlı, nişanı bozma hakkına sahiptir. Ayrıca nişanı bozmak için yasal temsilcinin rızasına gerek olmadığı da ifade edilmelidir¹⁴⁷. Bu sonuç, nişanlanmanın duygusal niteliğine uygundur.

¹⁴⁶ Öztan, *Şahsın Hukuku Hakiki Şahıslar*, s. 89.

¹⁴⁷ Velidedeoğlu, *Türk Medeni Hukuku Aile Hukuku*, s. 31; Akıntürk ve Ateş, *Türk Medeni Hukuku Aile Hukuku*, s. 45; Dural, Ögüz ve Gümüş, *Türk Özel Hukuku Aile Hukuku*, s. 30; Schwarz, *Aile Hukuku* Cilt 1, s. 42; Ateş, "4721 Sayılı Yeni Türk Medeni Kanunu'nda Nişanlanma", s. 34; Dural ve Ögüz, *Türk Özel Hukuku Kişiler Hukuku*, s. 93.

D. Duygusal Niteliği Sebebiyle İrade Özgürlüğü İlkesinin Kabul Edilmesinin Gerekmesi

Hem nişanlanma¹⁴⁸ hem de evlenme¹⁴⁹ bakımından geçerli olan temsil yasağı ile tarafların iradelerini bizzat açıklamalarının zorunlu olması, tarafların özgür iradelerine verilen önemi göstermektedir. Gerçekten de kişiler, diledikleri kişiyle evlenme özgürlüğüne sahiptirler. Nişanlanma dahi bu özgürlüğü kişilerin elinden almamalıdır. Evlenip evlenmeme ya da evleneceği kişiyi seçme veya evlenmeye zorlanamama kişilik haklarının kapsamında kabul edilmelidir. TMK'nin 23. maddesinin ikinci fıkrasında, "Kimse özgürlüklerinden vazgeçemez veya onları hukuka ya da ahlaka aykırı olarak sınırlandıramaz." şeklindeki düzenleme bu bakımdan önemlidir. Hükümde kişinin sahip olduğu özgürlüklerin kendisi tarafından dahi sınırlanamayacağı vurgulanmaktadır. Ayrıca nişanlanmanın evlenmeye zorlama hakkı vermesinin, duygusal niteliği ile bağdaşmayacağını bilen kanun koyucu TMK'nin 119. maddesinin birinci fıkrasında, nişanlanmanın evlenmeye zorlamak için dava hakkı vermediğini vurgulamaktadır.

Nişanlıların birbirleriyle evlenmeye zorlanması, kişilerin sahip olduğu önemli bir özgürlüğe aykırı hareket edilerek kişilik haklarının ihlal edilmesi anlamına gelir¹⁵⁰. Duygusal yakınlık sonucunda birbirleriyle nişanlanan

¹⁴⁸ Evlenme vaadi olan nişanlanmada, evlenme iradesi temsilci vasıtasıyla açıklanamaz. Çünkü nişanlanmanın niteliği temsile izin vermez. Ancak haberci vasıtasıyla kişinin var olan evlenme iradesi muhataba bildirilerek nişanlanma gerçekleştirilebilir. Bu durumda haberci kullanılması halinde haberci kendi iradesini değil, kendisine iletilen iradeyi olduğu gibi muhataba bildirdiği için bu halde temsilden bahsedilemez ve temsil yasağı kapsamına girmez. Bkz. Sinem Naz Alp Shin, "Nişanlanmanın Hüküm ve Sonuçları", Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2014, s. 11; Schwarz, *Aile Hukuku* Cilt 1, s. 42; Hatemi ve Serozan, *Aile Hukuku*, s. 34-35; Tekinay, *Türk Aile Hukuku*, s. 13-14; Feyzioğlu, *Aile Hukuku*, s. 32; Öztan, *Aile Hukuku*, s. 48; Hatemi, s. 9-10; Dural, Ögüz ve Gümüş, *Türk Özel Hukuku Aile Hukuku*, s. 17; Oğuzman ve Dural, *Aile Hukuku*, s. 25; Erdem, *Aile Hukuku*, s. 25; Köprülü ve Kaneti, *Aile Hukuku*, s. 46-47; Akıntürk ve Ateş, *Türk Medeni Hukuku Aile Hukuku*, s. 35-36; Şahin Şengül ve Özden Çelt, "Yargıtay Kararları Işığında Nişanın Bozulmasında Manevi Tazminat", s. 527; Ateş, "4721 Sayılı Yeni Türk Medeni Kanununda Nişanlanma", s. 10-11; Bir kişinin iradesi olmadan nişanlandırılması durumunda bu kişinin bir başka kişiyle nişanlanması veya evlenmesi halinde, diğer taraf bu kişiden nişanın bozulmasına dayanarak TMK'nin 120-122. maddeleri çerçevesinde tazminat veya hediyeilerin iadesi gibi taleplerde bulunamaz. Bkz. Kılıçoğlu, *Aile Hukuku*, s. 11.

¹⁴⁹ Evlenmede tarafların iradelerini bizzat resmi memur önünde açıklamaları gerekli olup temsilci veya haberci vasıtasıyla evlenme gerçekleştirilemez. Çünkü evlenecek olanların remi memur önünde bizzat hazır bulunmaları şarttır. Bu sebeple nişanlanmadan farklı olarak evlenme, haberci vasıtasıyla gerçekleştirilemez. Bkz. Dural, Ögüz ve Gümüş, *Türk Özel Hukuku Aile Hukuku*, s. 69; Akıntürk ve Ateş, *Türk Medeni Hukuku Aile Hukuku*, s. 95; Evlenme yönündeki sözlü irade açıklaması, evlenecekler dışındaki kişilerce açıklanırsa, evlenme yok hükmünde olmaktadır. Bkz. Dural, Ögüz ve Gümüş, *Türk Özel Hukuku Aile Hukuku*, s. 78; Kılıçoğlu, *Aile Hukuku*, s. 60.

¹⁵⁰ Kılıçoğlu, *Aile Hukuku*, s. 17; Ateş, "4721 Sayılı Yeni Türk Medeni Kanunu'nda Nişanlanma", s. 28.

tarafaların aralarındaki bu yakınlığın ilelebet sürmesi her zaman için mümkün değildir. Nişanlısı ile arasındaki duygusal bağda bir gevşeme, azalma meydana gelirse bu kişiden sırf aralarındaki nişanlanma sebebiyle nişanlısıyla evlenmesini beklemek, buna mecbur tutmak hem hukuk idesine hem de ahlak kurallarına uygun olmamaktadır¹⁵¹.

Hüküm ve sonuçları bakımından kişinin özel hayatını ve geleceğini oldukça etkileyen bir karar alınırken, bu kararın hür bir iradenin sonucu olarak ortaya çıkması gerekir. Evlenmede irade özgürlüğü geçerli olduğu için evlenmek istemeyen taraf evlenmeye zorlanamaz¹⁵². Nişanlanma, evlenme vaadi anlamına geldiği için bu vaadin verilmesi de bu vaatten dönülmesi de tamamen özgür iradeye dayanmalı, herhangi bir etki altında kalmadan serbestçe verilmiş olmalıdır.

Kanun koyucu, evlenmenin özgür irade ile yapılmasına o kadar önem vermektedir ki TMK'de nişanlanma ve evlenmeye ilişkin düzenlemelerde esasın şekle feda edilmediği, taraf iradelerinin açık ve net bir şekilde ortaya konulmasının şekle ilişkin bazı kurallardan daha çok önemsendiği ifade edilebilir¹⁵³. Örneğin, TMK'nin 142. maddesi, evlendirme memurunun taraflara birbirleriyle evlenmek isteyip istemediklerini soracağını ve onların da olumlu cevaplarını sözlü olarak vermeleriyle evliliğin kurulacağını düzenlemektedir¹⁵⁴. Tarafların evlendirme memuru önünde olumlu sözlü cevaplarını vermelerinin gerekmesi, bu ana kadar tarafların evlenme fikrinden vazgeçme haklarının olduğunun kabulü anlamına gelmektedir¹⁵⁵.

¹⁵¹ Ergüne, "Nişanın Bozulmasında Maddi Tazminat", s. 759.

¹⁵² Özcan Büyüktanır ve Okyar Karaosmanoğlu, "Evlenmeye Zorlamak İçin Öngörülen Cayma Tazminatı ya da Cezaî Şart Dava Edilemez; Ancak Yapılan Ödemeler de Geri İstenemez", s. 219; Ateş, "4721 Sayılı Yeni Türk Medeni Kanunu'nda Nişanlanma", s. 28.

¹⁵³ Yargıtay'ın da aynı yaklaşım içinde olduğu söylenebilir. Bkz. Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararı (İBK). E. 4, K.9, T. 13.01.1985, "...Yasa Koyucu, sadece dini nikâhla meydana gelen birleşmelere dahi, ülke gerçeklerini düşünerek, her beş ya da on yılda bir yasa çıkarmak suretiyle geçerlik tanırken, yasaların öngördüğü şekil şartlarına uyularak yapılan evlenme akitlerinin, sadece köy sınırları dışında gerçekleştirilmiş olması nedeniyle yok sayılması çelişkiye yol açar. Türkiye'de medeni nikâhın hala gereği şekilde yerleşmemiş olduğu bilinmektedir. Bilimsel eserlerde bu durumun Medeni Kanun'un öngördüğü şekil şartlarının karışık olmasından ve asırlarca devam eden alışkanlık ve geleneklerden ileri geldiği ifade edilmektedir. Bu koşullarda, evlenme akitlerinin, muhtarın kendi görev alanı dışında yapılmış olması nedeniyle yok sayılması, ülkede medeni nikâh ilkesine karşı olumsuz bir gelişme meydana gelmesine neden olabilir. Şu hâlde eşlerin yasa kurallarına uygun hareket ettikleri inancı ile yaptıkları evlenmelerin geçerli sayılmasında kamu yararı bulunduğu kuşkusuzdur..." <https://www.resmigazete.gov.tr/arsiv/18983.pdf> (erişim: 13.06.2023)

¹⁵⁴ Dural, Ögüz ve Gümüş, *Türk Özel Hukuku Aile Hukuku*, s. 25; Akıntürk ve Ateş, *Türk Medeni Hukuku Aile Hukuku*, s. 95; Kılıçoğlu, *Aile Hukuku*, s. 60.

¹⁵⁵ Dural, Ögüz ve Gümüş, *Türk Özel Hukuku Aile Hukuku*, s. 25; Alp Shin, "Nişanlanmanın Hüküm ve Sonuçları", s. 29.

Buna göre evlenmenin gerçekleşmesinin sözlü irade açıklamalarına bağlanmış olmasının sebebi, tarafların baskı altında kalmadan tekrar düşünüp sağlıklı bir iradenin sonucu ile evlenme hakkındaki kararlarını açıklamalarını sağlamaktır¹⁵⁶.

Yargıtay'ın 1965 yılında verdiği bir İBK¹⁵⁷ taraf iradelerine verilen önemi göstermesi ve esasın şekle feda edilmemesi gerektiğini vurgulaması bakımından önemlidir. Kararda "...Evlenecek kişiler, yetkili evlendirme memuru önünde irade bildiriminde bulunmalarıyla evlenme aktine varlık kazandırırılar. O halde, yetkili memurun, sorusuna karşı taraflardan aldığı bu olumlu bildirimleri evlendirme defterine yazıp altını imzalaması ve evlenenlerle tanıklara imzalatması yahut evlenmenin tamamlanmış olduğunu taraflara söylemesi, sadece düzenleyici nitelikte olan bir şekil işleminden başka bir şey değildir ve bu bakımdan, evlenmenin geçerli sayılmasını sağlayacak birer şart olarak kabul edilemez..." denilmektedir.

Kararda evlendirmeye yetkili bir memur önünde tarafların evlenmeye yönelik iradelerini sözlü olarak açıklamaları ile evlenmenin gerçekleşeceği, tarafların veya tanıkların evlenme defterini imzalamalarının ya da evlenmenin gerçekleşmiş olduğunun nikâh memuru tarafından ilanının esası etkilemeyen düzenleyici işlemler olduğu ve evlenmenin geçerliliğini etkilemediği belirtilmektedir. Böylece söz konusu kararda tarafların iradelerinin önemi vurgulanarak şekle ilişkin kurallar ikinci planda bırakılmış ve evliliğin geçerliliğini etkileyen bir unsur olarak kabul edilmemiştir. Ayrıca evlendirmeye yetkili bir memur önünde yapılmış olan bir evliliğin, kanunun diğer şekil kurallarına uyulmaması sebebiyle butlanına karar verilemeyeceğini ifade eden TMK'nin 155. maddesinin de esasın şekle feda edilmemesi yaklaşımı çerçevesinde düzenlendiği ifade edilebilir.

E. Duygusal Niteliği Sebebiyle Nişanlanma ve Nişanlanmayı Sona Erdirmenin Sıkı Şekil Şartlarına Tabi Olmaması

Evlenmenin geçerliliği hakkında TMK'de ayrıntılı düzenlemeler yapılmışken nişanlanma bakımından aynı durumun olduğu söylenemez. Nişanlanmanın gerek kurulması gerek sona erdirilmesi bu anlamda oldukça kolay olmaktadır. Nişanlanma ile evlenme arasındaki bu farklılığın, nişanlanmanın evlilik öncesi bir aşama olarak evlenmeye göre duygusal niteliğinin daha fazla olması, evliliğin kamu düzenini nişanlanmaya göre

¹⁵⁶ Hegnauer, Breitschmid, *Grundriss des Eherechts*, s. 38.

¹⁵⁷ Yargıtay İBK, E. 3, K. 3, T. 14.06.1965, <https://www.resmigazete.gov.tr/arsiv/12049.pdf> (erişim: 12.06.2023)

daha fazla ilgilendirmesi, evliliğin sona ermesinin genel olarak mahkeme kararına bağlı olması gibi sebeplerden kaynaklandığı ifade edilebilir.

Nişanlanmanın duygusal bir ilişki olması, nişanlanmanın kurulması ve sona erdirilmesinin zorlayıcı olmamasını gerekli kılmıştır. Bu sebeple aile hukukunun özellikleri arasında bulunan “şekle bağlılık”¹⁵⁸ ilkesi, nişanlanma bakımından benimsenmemiş olsa gerekir. Nişanlanmanın geçerliliği TMK’de herhangi bir şekle tabi tutulmamıştır. Nişanlanmanın geçerli olması için belirli bir şekilde yapılması gerekmez (formfreier vertrag). Nişanlanma için kanunda özel şekil şartı öngörülmemesi sebebiyle aile hukukuna özgü bir sözleşme olarak kabul edilen nişanlanma için kanunda aksi yönde özel bir hüküm bulunmadıkça hukuki işlemlerin ve sözleşmelerin kurulması hakkındaki genel hükümler, nişanlanma için de uygulanmalıdır¹⁵⁹.

Nişanlanma bakımından bir şekil şartı öngörülmemesinin sebebi, tarafların her türlü etkiden uzak şekilde kendi hür iradeleriyle kendi özel hayatlarını ilgilendiren bir kararı verebilmeleri gereğidir¹⁶⁰. Nişanlanmanın şekli konusundaki bu özgürlük, bazen nişanlanma ile flört arasındaki ince çizginin görünmez olmasına sebep olabilmektedir¹⁶¹. Bu durumda önemli olan, evlenme vaadinin olup olmadığının tespittir.

Nişanlanmanın kurulması için tarafların evlenme vaadi içeren iradelerini açıklamış olmaları gerekmektedir. Buna göre tarafların evlenmeye yönelik iradeleri açık olabileceği gibi örtülü; yazılı olabileceği gibi sözlü de olabilecektir¹⁶². Başka bir anlatımla, evlenme vaadinin açıkça ortaya konulması nişanlanmanın kurulması için şart olmayıp, evlenme iradesini gösteren davranışlarla (konkludendes Verhalten) birlikte de nişanlanmanın kurulduğunun kabul edilmesi gerekir¹⁶³. Örneğin, kadın ile erkeğin nişan

¹⁵⁸ Ayrıntılı bilgi için. Bkz. Dural, Ögüz ve Gümüş, *Türk Özel Hukuku Aile Hukuku*, s. 5; Akıntürk ve Ateş, *Türk Medeni Hukuku Aile Hukuku*, s. 11.

¹⁵⁹ Honsell, Vogt, Geiser, *Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht Zivilgesetzbuch* 3. Auflage Art. 90, s. 11; Köprülü ve Kaneti, *Aile Hukuku*, s. 46.

¹⁶⁰ Fezyioğlu, *Aile Hukuku*, s. 27.

¹⁶¹ Fezyioğlu, *Aile Hukuku*, s. 27.

¹⁶² Dural, Ögüz ve Gümüş, *Türk Özel Hukuku Aile Hukuku*, s. 16; Kılıçoğlu, *Aile Hukuku*, s. 15; Şahin Şengül, Özden Çelt, “Yargıtay Kararları Işığında Nişanın Bozulmasında Manevi Tazminat”, s. 527; Özen Arslan, “Nişanlanmanın Sona Ermesi ve Sonuçları”, s. 6; Köprülü ve Kaneti, *Aile Hukuku*, s. 46; Oğuzman ve Dural, *Aile Hukuku*, s. 24-25; Öztan, *Aile Hukuku*, s. 34; Erdem, *Aile Hukuku*, s. 24; Hatemi, *Aile Hukuku*, s. 14; Fezyioğlu, *Aile Hukuku*, s. 27; Abik, “Nişanlanma ve Nişanlılık”, s. 77; Tekinay, *Türk Aile Hukuku*, s. 16-17; Alp Shin, “Nişanlanmanın Hüküm ve Sonuçları”, s. 10.

¹⁶³ Dural, Ögüz ve Gümüş, *Türk Özel Hukuku Aile Hukuku*, s. 16; Kılıçoğlu, *Aile Hukuku*, s. 15; Honsell, Vogt, Geiser, *Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Schweizerisches, Zivilgesetzbuch* 3. Auflage Art. 90, s. 10; Şahin Şengül ve Özden Çelt, “Yargıtay Kararları Işığında

yüzüğü takmış olmaları, nişanlanma iradelerini gösteren bir davranış olarak kabul edilmelidir¹⁶⁴. Ayrıca tarafların birbirlerini üçüncü kişilere karşı nişanlı olarak tanıtmaları, evlenmek için konut kiralınması, müstakbel eş olarak gönderilen bir hediyein kabul edilmesi gibi davranışlar da evlenme vaadi anlamına geleceği için, bu durumlarda nişanlanma iradesinin örtülü olarak açıklandığı kabul edilmelidir.¹⁶⁵ Bunun gibi, tarafların nişanlanma iradelerini yansıtan davranışların ortaya konulması, bir evlenme vadinin yani nişanlanmanın ortaya çıktığına yönelik bir karine olarak değerlendirilebilir.

Farklı cinsten olan iki kişinin birlikte yaşaması, salt nişanlanmanın varlığını göstermemektedir¹⁶⁶. Başka bir anlatımla, evlenme niyeti taşınmadan fiilen birlikte yaşama, geçerli bir nişanlanma olarak kabul edilemez¹⁶⁷. Birlikte yaşama, evlenmek niyetiyle gerçekleşmiş olmalıdır. Bu hususta olmak üzere Yargıtay 3. Hukuk Dairesi tarafından verilen bir kararda¹⁶⁸, tarafların birbirlerine duygusal bir yakınlık hissettikleri, belli bir süre beraber yaşadıkları, tatile gidip geldikleri, hediyeler verdikleri halde nişan yüzüğü takmadıkları, ziynet eşyası almadıkları, nişanlanmalarını üçüncü kişilere duyurmadıkları ve yaptıkları alışverişlerin nişan için olmayan rızaya dayalı alışverişler olduğu gerekçesiyle taraflar arasındaki ilişkinin nişanlanma olmadığı kabul edilmiştir.

Nişanın Bozulmasında Manevi Tazminat", s. 527; Öztan, Aile Hukuku, s. 37; Abik, "Nişanlanma ve Nişanlılık", s. 77.

¹⁶⁴ Dural, Ögüz ve Gümüş, *Türk Özel Hukuku Aile Hukuku*, s. 16.

¹⁶⁵ Kılıçoğlu, *Aile Hukuku*, s. 15; Tekinay, *Türk Aile Hukuku*, s. 17.

¹⁶⁶ Honsell, Vogt, Geiser, Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht Zivilgesetzbuch 3. Auflage Art. 90, s. 11; Kılıçoğlu, *Aile Hukuku*, s. 15; Dini nikahlı birlikteliğin evlenme amacına yönelik yapılmış olması halinde nişanlanmanın varlığının kabul edilmesi gerektiği yönündeki görüş için. Bkz. Özen Arslan, "Nişanlılığın Sona Ermesi ve Sonuçları", s. 8.

¹⁶⁷ Öztan, *Aile Hukuku*, s. 36.

¹⁶⁸ İlişkin karar için. Bkz. Yargıtay 3. HD., E. 2015/17061, K. 2016/11295, T. 27.09.2016. "...Mahkemece, tarafların iradelerinin nişanlanma ve akabinde de evlenmeye yönelik olmadığı, tamamen her iki tarafın hiç bir etki ve baskı altında kalmaksızın uzun yıllar rızaları ile iş ilişkisi sonucu gönül eğlendirme ve sevgili ilişkisi yaşayarak beraber oldukları, tarafların gönül ilişkisi yaşarken beraber sosyal ortamlara girdikleri, alkol aldıkları, eğlendikleri, tatil yaptıkları, yiyip içtikleri, fotoğraf çektikleri bir beraber yaşadıklarının anlaşıldığı, nişanlanmak maksadı ile birbirlerine takı, nişan alyansı, saat, ziynet eşyası almadıkları, nişan yaptıklarını 3. kişilerde duyurmadıkları, alenileştirmedikleri, yaşanan birlikteliğin evlenme amacı ile yapılmış olmadığı, harcanan giderlerinde nişan giderleri olmadığı, rızaya dayalı alışverişler olduğu, maddi, manevi tazminatın şartlarının oluşmadığı gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiş, hüküm davacı vekili tarafından temyiz edilmiştir. Somut olayda; dosya kapsamından tarafların uzun süre birlikte yaşadıkları mahkemenin de kabulünde olduğu gibi aralarındaki ilişkinin TMK'nun 118.maddesinde düzenlenen "nişanlanma" kapsamında bulunmadığı, taraflar arasında nişandan ve yasal olarak korunması gereken bir birliktelikten söz edilmesi mümkün olmadığı anlaşılmaktadır...", <https://karararama.yargitay.gov.tr/> (erişim: 14.12.2023).

Yargıtay'ın da kararında belirttiği gibi, nişanlanmanın evlenme vaadi olması sebebiyle taraflar arasında gerçekleştirilen eylemlerin evlenme amacına yönelik olması, nişanlanmanın varlığının kabulü için şarttır. Buna karşılık Yargıtay 3. Hukuk Dairesi bir başka kararında¹⁶⁹, nişanlanmanın TMK gereği şekle tabi olmadığını kabul etmekle birlikte nişanlanmanın bir ritüel şeklinde yapılması ve aile üyelerinin katılımıyla ilan edilmesi halinde hukuken geçerli bir nişanlanmadan bahsedilebileceğini belirtmektedir.

Her ne kadar nişan yüzüğü takmak ve nişan merasimi yapmak ya da nişan kıyafetleri giyinmek, nişanlanma için bir adet haline gelmiş olsa da kanaatimizce bu durum hukuk nazarında bir ritüel ya da ispat aracından öteye geçemez. Bu hususlar nişanlanmanın geçerliliği için önem taşımaz¹⁷⁰. Nişanlanmanın geçerliliği için, o yöredeki örf ve adetlere uygun bir merasimle yapılmış olması gerekmektedir¹⁷¹. TMK'de nişanlanmanın geçerliliği için öngörülmemeyen davranış veya ritüeller, nişanlanmanın geçerli olması bakımından bir şekil şartı olarak kabul edilemez. Buna karşılık, tarafların nişanlanmanın şekle tabi olması hususunda anlaşmaları mümkündür. Örneğin, nişanlanmanın bir merasim şeklinde yapılacağı hususunda anlaşılması halinde; nişanlanma, merasim şartına bağlanmış olduğu için nişanlanmanın geçerli olması, merasimin yapılmasına bağlı olmalıdır¹⁷². Bu anlamda olmak üzere, taraflar bağlı oldukları gelenek çerçevesinde nişanlanmanın merasim şeklinde yapılmasını isterlerse, nişanlanmayı şekil şartına bağlamış olurlar ve nişanlanmanın bu şekilde yapılmaması halinde evlenme iradelerinin olmadığı sonucu ortaya çıkacağı için bu ihtimalde geçerli bir nişanlanmadan söz edilmemelidir. Buna karşılık, tarafların bu şarttan daha sonra vazgeçebilmesi de mümkündür¹⁷³.

¹⁶⁹ İlişkin karar için. Bkz. Yargıtay 3. HD., E. 2016/12231, K. 2018/2059, T. 05.03.2018. "...Nişanlanma, bir aile hukuku sözleşmesi olup, TMK'nın 118'inci maddesinde düzenlenmiş ve şekil şartı koyulmamıştır. Nişanın hukuken geçerli olması için belli bir ritüel içinde yapılmış olması, nişanın duyurulması (ilan edilmesi) ve aile bireylerinin şahitliği çerçevesinde yapılması gerekmektedir...", Erişim: <https://karararama.yargitay.gov.tr/> (erişim: 14.12.2023)

¹⁷⁰ Dural, Ögüz ve Gümüş, *Türk Özel Hukuku Aile Hukuku*, s. 16; Kılıçoğlu, *Aile Hukuku*, s. 15; Köprülü ve Kaneti, *Aile Hukuku*, s. 49; Oğuzman ve Dural, *Aile Hukuku*, s. 25; Öztan, *Aile Hukuku*, s. 37; Feyzioğlu, *Aile Hukuku*, s. 28-29; Özcan Büyüktanır ve Okyar Karaosmanoğlu, "Evlenmeye Zorlamak İçin Öngörülen Cayma Tazminatı ya da Cezai Şart Dava Edilemez, Ancak Yapılan Ödemeler de Geri İstenemez", s. 218; Hegnauer, Breitschmid, *Grundriss des Eherechts*, s. 37.

¹⁷¹ Abik, "Nişanlanma ve Nişanlılık", s. 77.

¹⁷² Dural, Ögüz ve Gümüş, *Türk Özel Hukuku Aile Hukuku*, s. 18; Oğuzman ve Dural, *Aile Hukuku*, s. 27; Tekinay, *Türk Aile Hukuku*, s. 18.

¹⁷³ Dural, Ögüz ve Gümüş, *Türk Özel Hukuku Aile Hukuku*, s. 18; Oğuzman ve Dural, *Aile Hukuku*, s. 27.

Nişanlanmanın geçerliliği şekle tabi olmamakla birlikte nişanlanmanın mevcut olduğunun kesin surette ispat edilemediği hallerde nişanlanmanın bir merasim şeklinde yapılmış olup olmaması, nişanlanmanın ispatı bakımından bir önem taşıyabilmektedir¹⁷⁴. Gerçekten de nişanlanmanın varlığının tartışmalı olduğu ve özellikle taraflardan birinin nişanlanmayı inkâr ettiği durumlarda nişan yüzüklerinin takılmış olması ya da nişan merasiminin yapılmış olması, nişanlanmayı ispat bakımından önem taşıyabilmektedir¹⁷⁵. Aksi halde nişanlanmanın ispatının oldukça güçleşebileceği ifade edilmelidir. Keza nişanlanmanın ispatının herhangi bir şekle bağlı olmadığı da belirtilmelidir¹⁷⁶. Aksinin kabulü ile nişanlanmanın ispatının şekle bağlı olması halinde bu durum tarafları sanki bir alışverişe girmişler gibi yazılı delil arama çabasına sokardı ki bu da nişanlanmanın duygusal niteliği ve amacı ile bağdaşmazdı¹⁷⁷.

Nişanlanmanın kurulmasında olduğu gibi sona ermesinde de TMK'de şekil şartı öngörülmemiştir. Nişanlılardan birinin ölümü, gaipliğine karar verilmesi ya da üçüncü bir kişiyle evlenmesi, tarafların nişanlanmayı sona erdirmeye hususunda anlaşmış olmaları, evlenmenin imkânsız hale gelmesi, kesin bir evlenme engelinin ortaya çıkması, bozucu şartın öngörülmesi halinde bu şartın gerçekleşmesi durumlarında nişanlanma sona ermektedir¹⁷⁸. Benzer şekilde nişanlılar, "nişanı bozma"¹⁷⁹ olarak adlandırılan tek taraflı irade açıklamasında bulunmak suretiyle de söz konusu hukuki ilişkiyi sonlandırabilirler. Bunun için gereken irade açıklaması şekle tabi olmayıp açık olabileceği gibi örtülü de olabilir¹⁸⁰. Nişanlılardan birinin diğerinin kendisini

¹⁷⁴ Dural, Ögüz ve Gümüş, *Türk Özel Hukuku Aile Hukuku*, s. 16.

¹⁷⁵ Dural, Ögüz ve Gümüş, *Türk Özel Hukuku Aile Hukuku*, s. 17; Tekinay, *Türk Aile Hukuku*, s. 16.

¹⁷⁶ Dural, Ögüz ve Gümüş, *Türk Özel Hukuku Aile Hukuku*, s. 17; Akıntürk ve Ateş, *Türk Medeni Hukuku Aile Hukuku*, s. 35; Velidedeoğlu, *Türk Medeni Hukuku Aile Hukuku*, s. 23; Saymen ve Elbir, *Türk Medeni Hukuku Aile Hukuku*, s. 44; Schwarz, *Aile Hukuku Cilt 1*, s. 39.

¹⁷⁷ Tekinay, *Aile Hukuku*, s. 17.

¹⁷⁸ Nişanlılığı sona erdiren durumlar hakkında ayrıntılı bilgi için. Bkz. Dural, Ögüz ve Gümüş, *Türk Özel Hukuku Aile Hukuku*, s. 28; Kılıçoğlu, *Aile Hukuku*, s. 19; Akıntürk ve Ateş, *Türk Medeni Hukuku Aile Hukuku*, s. 42; Özen Arslan, "Nişanlılığın Sona Ermesi ve Sonuçları", s. 6 vd; Köprülü ve Kaneti, *Aile Hukuku*, s. 52 vd.; Oğuzman ve Dural, *Aile Hukuku*, s. 36 vd; Öztan, *Aile Hukuku*, s. 71 vd.; Erdem, *Aile Hukuku*, s. 33 vd.; Feyzioğlu, *Aile Hukuku*, s. 50 vd; Abik, "Nişanlanma ve Nişanlılık", s. 96 vd.; Tekinay, *Türk Aile Hukuku*, s. 24.

¹⁷⁹ Nişanın bozulması kavramı yerine nişanın atılması, nişandan dönülmesi gibi kavramlar da kullanılmaktadır. Bkz. Özen Arslan, "Nişanlılığın Sona Ermesi ve Sonuçları", s. 10.

¹⁸⁰ Alp Shin, "Nişanlanmanın Hüküm ve Sonuçları", s. 40; Tekinay, *Türk Aile Hukuku*, s. 35; Abik, "Nişanlanma ve Nişanlılık", s. 99; Feyzioğlu, *Aile Hukuku*, s. 51; Öztan, *Aile Hukuku*, s. 76; Oğuzman ve Dural, *Aile Hukuku*, s. 38; Erdem, *Aile Hukuku*, s. 34; Köprülü ve Kaneti, *Aile Hukuku*, s. 54; Özmen, "Nişanın Bozulmasında Cayma Akçası ve Cezai Şart (M.K 83 Madde

ziyaret etmesini istememesi, mektuplaşmaya son vermesi, bir başka kişi ile evlenmiş olması ya da bilgi vermeden ve adres belirtmeden başka bir şehre veya ülkeye taşınmış olması nişanlanmanın örtülü olarak sona erdirildiği durumlara örnek olarak verilmektedir¹⁸¹. Daha önce ifade edildiği gibi, nişanlanma gibi nişanı bozma da kişiye sıkı sıkıya bağlı haklar arasındadır¹⁸². Nişanlanma duygusal niteliği sebebiyle evlenmeye zorlama hakkı vermediği için, nişanı bozmanın güçleştirilmemesi, bu anlamda şekle tabi olmaması, nişanlanmanın duygusal niteliğine uygundur.

F. Duygusal Niteliği Sebebiyle Nişanı Bozmak İçin Haklı Sebebin Gerekmemesi

Nişanlıların tek taraflı irade açıklaması ile nişanlılığa son vermeleri yani nişanı bozabilmeleri için haklı bir sebebe dayanmaları gerekmemektedir¹⁸³. Nişanlılar haklı bir sebebe dayansalar da dayanmasalar da nişanı bozma hakkına (Rücktrittrecht) sahiptirler¹⁸⁴. Başka bir anlatımla, haklı sebep nişanı bozmak için geçerlilik şartı olarak kabul edilmemektedir. Buna karşılık haklı bir sebebin mevcudiyeti sadece tazminat gibi nişanlanmanın sona ermesinin sonuçları bakımından rol oynamaktadır¹⁸⁵.

Değişikliği”, s. 532; Gözde Zeytin Çağrı, “Nişanlılığın Sona Ermesinin Hukuki Sonuçlarından Hediyelerin Geri Verilmesi”, Sakarya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 10/1 (2022), s. 92, <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/2374058> (erişim: 15.12.2023); Akıntürk ve Ateş, *Türk Medeni Hukuku Aile Hukuku*, s. 45; Kılıçoğlu, *Aile Hukuku*, s. 20; Özen Arslan, “Nişanlılığın Sona Ermesi ve Sonuçları”, s. 10; Şahin Şengül ve Özden Çelt, “Yargıtay Kararları Işığında Nişanın Bozulmasında Manevi Tazminat”, s. 531.

¹⁸¹ Dural, Ögüz ve Gümüş, *Türk Özel Hukuku Aile Hukuku*, s. 30.

¹⁸² Dural ve Ögüz, *Türk Özel Hukuku Kişiler Hukuku*, s. 93.

¹⁸³ Haklı sebepler önceden kesin olarak belli değildir. Bu sebeple haklı sebepler bakımından tam bir liste çıkarılamaz. 743 sayılı Türk Kanun-u Medenisi ‘nin 84. maddesinde “muhih bir sebep olmadan nişanın bozulması” denilerek kanun koyucu bilerek kural içi boşluk yaratmış ve somut olayın özelliklerine göre haklı sebepleri belirlemede hakime takdir yetkisi vermiştir. Bkz. Koç, *Türk-İsviçre Hukukunda Nişanlanma Sözleşmesi*, s. 84.

¹⁸⁴ Abik, “Nişanlanma ve Nişanlılık”, s. 99; Öztan, *Aile Hukuku*, s. 76; Oğuzman ve Dural, *Aile Hukuku*, s. 39; Zeytin Çağrı, “Nişanlılığın Sona Ermesinin Hukuki Sonuçlarından Hediyelerin Geri Verilmesi”, s. 92; Dural, Ögüz ve Gümüş, *Türk Özel Hukuku Aile Hukuku*, a. 30; Özen Arslan, “Nişanlılığın Sona Ermesi ve Sonuçları”, s. 11; Şahin Şengül ve Özden Çelt, “Yargıtay Kararları Işığında Nişanın Bozulmasında Manevi Tazminat”, s. 523; Kılıçoğlu, *Aile Hukuku*, s. 20; Akıntürk ve Ateş, *Türk Medeni Hukuku Aile Hukuku*, s. 45; Özmen, “Nişanın Bozulmasında Cayma Akçası ve Cezai Şart (M.K 83 Madde Değişikliği)”, s. 532; Köprülü ve Kaneti, *Aile Hukuku*, s. 54; Erdem, *Aile Hukuku*, s. 34; Feyzioğlu, *Aile Hukuku*, s. 51; Ergüne, “Nişanın Bozulmasında Maddi Tazminat”, s. 759; Ateş, “4721 Sayılı Yeni Türk Medeni Kanununda Nişanlanma”, s. 34.

¹⁸⁵ Özen Arslan, “Nişanlılığın Sona Ermesi ve Sonuçları”, s. 11; Dural, Ögüz ve Gümüş, *Türk Özel Hukuku Aile Hukuku*, s. 30; Şahin Şengül ve Özden Çelt, “Yargıtay Kararları Işığında Nişanın Bozulmasında Manevi Tazminat”, s. 523-524; Akıntürk ve Ateş, *Türk Medeni Hukuku Aile Hukuku*,

Haklı bir sebep olmasa bile nişanlılara nişanı bozma hakkının tanınmış olması, nişanlanmanın duygusal niteliği sebebiyle nişanlıların evlenmeye zorlanamaması hakkındaki temel ilkenin bir gereğidir¹⁸⁶.

Nişanlanmanın duygusal niteliği sebebiyle evlenmeye zorlama hakkını vermemesi ile birlikte nişanın bozulması için haklı bir sebebe dayanılması zorunlu değildir. Bu hususta olmak üzere, gönül ilişkisinin sona ermesi sebebiyle de nişan elbette ki bozulabilecektir. Ancak nişanın bu sebeple bozulması halinde tazminatın gündeme gelmesi bakımından gönül ilişkisinin sona ermesinin haklı sebep olup olmadığı hususu değerlendirilmelidir. Yoksa gönül ilişkisinin sona erdiği her durum haklı sebep olarak kabul edilmemelidir. Çünkü her ne kadar nişanlanma duygusal niteliği olan bir ilişki de olsa tarafların hak ve menfaatlerinin korunduğu bir hukuki kurum olarak karşımıza çıkmaktadır. Nişanlanmanın duygusal niteliği, tarafların hak ve menfaatlerinin sınırları içerisinde değerlendirilmelidir.

Gönül ilişkisinin sona ermesinin haklı sebep olup olmadığı, her somut olay bakımından ayrı belirlenmelidir. Buna göre, nişanlılar arasındaki gönül ilişkisinin sona ermesi objektif bir bakış açısı ile değerlendirilmeli ve taraflar arasındaki fikir, duygu, karakter ve görüş farklılıklarından kaynaklanmakta olması halinde haklı sebep olarak kabul edilmelidir. Buna karşılık, nişanlılar arasındaki gönül ilişkisinin sona ermesi, geçici bir heves veya kapris sonucunda ortaya çıkmışsa ya da nişanlılardan birinin bir başka kimseyle gönül ilişkisi kurmasından ileri gelmişse bu halde haklı sebepten bahsetmek mümkün olmamalıdır¹⁸⁷. Başka bir anlatımla, duygusal ilişkinin sona ermesi, diğer tarafın uygunsuz davranışlarından kaynaklanmışsa, bu halde nişanın bozulmasının haklı sebebe dayandığından söz edilebilir¹⁸⁸.

G. Duygusal Niteliği Sebebiyle Nişanın Bozulması İçin Kusur Şartının Aranmaması

Nişanlanmanın duygusal niteliği gereği nişanlanma, evlenmeye zorlama hakkı vermediği için, nişanlılar, nişanı bozabilirler. Nişanlanmanın duygusal niteliği nişanlıya, diğer nişanlının kusuru olmasa bile nişanı bozma hakkı vermektedir. Başka bir anlatımla, nişanlılardan hiçbirinin kusuru

s. 45; Köprülü ve Kaneti, *Aile Hukuku*, s. 54; Oğuzman ve Dural, *Aile Hukuku*, s. 40; Öztan, *Aile Hukuku*, s. 79; Erdem, *Aile Hukuku*, s. 35.

¹⁸⁶ Dural, Ögüz ve Gümüş, *Türk Özel Hukuku Aile Hukuku*, s. 30; Akıntürk ve Ateş, *Türk Medeni Hukuku Aile Hukuku*, s. 45; Feyzioğlu, *Aile Hukuku*, s. 51.

¹⁸⁷ Abik, "Nişanlanma ve Nişanlılık", s. 126; Koç, *Türk-İsviçre Hukukunda Nişanlanma Sözleşmesi*, s. 90.

¹⁸⁸ Koç, *Türk-İsviçre Hukukunda Nişanlanma Sözleşmesi*, s. 90.

olmasa bile “makul” bir sebep varsa, nişan bozulabilmektedir¹⁸⁹. Kusurun olup olmaması nişanı bozma bakımından değil, tazminat ödenmesi bakımından önem taşımaktadır.

Nişanın bozulması halinde maddi tazminat isteyebilmek için TMK'nin 120. maddesine göre nişanın bozulmasının haklı sebebe dayanması yeterli olmayıp kusur şartı da aranmaktadır¹⁹⁰. Gerçekten de tazminat talep edecek olan tarafın tazminat talep edebilmesi için hiç kusurlu olmaması mı yoksa diğerine göre daha az kusurlu mu olması gerektiği hususunda tartışmalar olsa da tazminat yükümlüsünün kusurlu olması gerektiği ilgili maddeden anlaşılmaktadır. Gerçekten de ilgili hükme bakıldığı zaman, nişanın “haklı bir sebep olmadan bozulması”¹⁹¹ ya da “taraplardan birine yükletilebilen bir sebeple bozulması”¹⁹² hallerinden bahsedilmek suretiyle “kusur” şartının arandığı görülmektedir¹⁹³. Böylece, haklı bir sebebe dayanmadan nişanı bozmak da nişanın haksız bozulması sayılarak bunu yapan taraf için bir kusur olarak atfedilmektedir. Ayrıca taraflardan birine yükletilebilen bir sebebin o taraf için kusur sayılacağı ve diğer taraf için haklı sebep teşkil edeceği anlaşılmaktadır.

¹⁸⁹ Tekinay, *Türk Aile Hukuku*, s. 33.

¹⁹⁰ Kusurdan bahsedilebilmesi için nişanlıların birbirlerinin kişi varlığı ve malvarlığına ilişkin çıkarlarını himaye eden normların ihlal edilmiş olması gerekmektedir. Buna karşılık bunun haksız fiil niteliği taşıması gerekmez. Bu anlamda olmak üzere fiilin nişanlıya yönelik olması bile şart değildir. Nişanı bu sebebe dayanarak bozmak isteyen tarafın evlenmeyi istememesine sebep olacak nitelikte olması yeterli sayılır. Bkz. Özmen, “Nişanın Bozulmasında Cayma Akçası ve Cezai Şart (M.K 83 Madde Değişikliği)”, s. 535.

¹⁹¹ Hiçbir sebep ileri sürmeden nişanı bozmak, nişanı haklı sebebe dayanmadan bozmak yani nişanın haksız bozulması anlamına gelmektedir. Bkz. Dural, Ögüz ve Gümüş, *Türk Özel Hukuku Aile Hukuku*, s. 34; Akıntürk ve Ateş, *Türk Medeni Hukuku Aile Hukuku*, s. 51; Velidedeoğlu, *Türk Medeni Hukuku Aile Hukuku*, s. 32; Saymen ve Elbir, *Türk Medeni Hukuku Aile Hukuku*, s. 59.

¹⁹² Nişanı bozma sebebi objektif olarak haklı görülebilmesine rağmen bu sebebin nişanlılardan birinin kusuru ile ortaya çıkarılmış olması halinde kusursuzluktan söz etmek mümkün değildir. Bkz. Tekinay, *Türk Aile Hukuku*, s. 37; Nişanlılardan birinin bir üçüncü kişiyle aşk hayatı yaşaması, nişanlılardan birinin nişanlısının ailesine saygısızca davranması, içki ve kumar düşkünlüğü sebepleri diğer nişanlı için haklı sebep teşkil edebilir. Bkz. Akıntürk ve Ateş, *Türk Medeni Hukuku Aile Hukuku*, s. 51; Kumarda bütün malvarlığını kaybetmiş olması ya da kendi kusuru sebebiyle zührevi bir hastalığa yakalanmış olması gibi sebeplerden dolayı diğer tarafın nişanı bozması halinde yine taraflardan birine atfedilebilecek bir sebep dolayısıyla kusurdan bahsetmek gerekmektedir. Bkz. Dural, Ögüz ve Gümüş, *Türk Özel Hukuku Aile Hukuku*, s. 34-35; Nişanlının kişilik haklarının ihlal edilmesi şartı aranmadan diğer nişanlının devlet aleyhine bir suç işlemesi ya da üçüncü kişilere karşı bir haksız fiil gerçekleştirmesi bunu yapana atfedilebilecek bir kusur niteliği taşır. Bkz. Özmen, “Nişanın Bozulmasında Cayma Akçası ve Cezai Şart (M.K 83 Madde Değişikliği)”, s. 536.

¹⁹³ Dural, Ögüz ve Gümüş, *Türk Özel Hukuku Aile Hukuku*, s. 34; Özen Arslan, “Nişanlılığın Sona Ermesi ve Sonuçları”, s. 11; Kılıçoğlu, *Aile Hukuku*, s. 22; Akıntürk ve Ateş, *Türk Medeni Hukuku Aile Hukuku*, s. 50; Tekinay, *Türk Aile Hukuku*, s. 34.

Haklı sebep taraflardan birine yükletilebilen bir sebep olabileceği gibi tarafların hiçbirine yükletilemeyen bir sebep de olabilir. Buna göre, taraflardan birine yükletilebilen bir sebep kusur şartını taşıyacağı için tazminat isteme hakkı vermekte iken; taraflardan hiçbirine yükletilemeyen bir sebep, haklı sebep niteliği taşısa bile kusur şartını taşımadığı için tazminat isteme hakkı vermemektedir. Başka bir anlatımla, nişanın bozulmasında etkili olan haklı sebebin, taraflardan hiçbirinin kusuruna dayanmaması halinde taraflardan hiçbiri tazminat talebinde bulunamaz¹⁹⁴.

Taraflardan hiçbirine kusur olarak atfedilemeyen haklı sebebe örnek olarak nişanlılardan birinin tedavisi mümkün olmayan bir hastalığa yakalanmış olması ve bu durumda diğer nişanlıdan evliliğin beklenememesidir¹⁹⁵. Bu örnekte, her iki tarafın da kusurunun bulunmadığı ifade edilmektedir. Başka bir örnek verilmesi gerekirse, ekonomik olarak evliliği yürütemeyecek durumda olma ya da trafik kazası sonucu ağır hastalık veya sakatlık yaşanması hallerinde bu kişi haklı sebeple nişanı bozabilir. Bununla birlikte nişanlının bunu yaşamasına sebep olan ihmali, diğer nişanlı için tazminat talep etme hakkı vermez¹⁹⁶. Ayrıca nişanlılardan birinin ana ya da babasının yüz kızartan gayri ahlaki davranışlar gerçekleştirmesi halinde diğer nişanlı için bu durumun küçük düşürücü ve utandırıcı sayılabileceği ve bu yüzden bu nişanlının haklı sebeple nişanı bozabileceği ifade edilmektedir¹⁹⁷. Yine nişanlanmanın ardından siyasi veya felsefi görüşleri farklılaşan nişanlıların sırf bu sebeple nişanı haklı sebeple bozabilecekleri ifade edilmektedir¹⁹⁸. Nişanlılardan birinin ayırt etme gücünü kaybetmesi halinde de nişanın bozulmasında kusurun olmadığı ifade edilmektedir¹⁹⁹. Verilen örneklerde nişan taraflardan birinin kusuru olmamasına rağmen haklı sebeple bozulabilmekte ve bir tazminat yükümlülüğü de söz konusu olmamaktadır.

¹⁹⁴ Dural, Ögüz ve Gümüş, *Türk Özel Hukuku Aile Hukuku*, s. 35; Özen Arslan, "Nişanlılığın Sona Ermesi ve Sonuçları", s. 11; Akıntürk ve Ateş, *Türk Medeni Hukuku Aile Hukuku*, s. 50; Erdem, *Aile Hukuku*, s. 37; Ergüne, "Nişanın Bozulmasında Maddi Tazminat", s. 761-762; Tekinay, *Türk Aile Hukuku*, s. 33; Nişanlanma, bir borç sözleşmesi olarak kabul edilmiş olsaydı, makul bir sebep göstererek borçtan kurtulma mümkün olmaz ve tazminat ödenmek zorunda kalırdı. Bkz. Tekinay, *Türk Aile Hukuku*, s. 33.

¹⁹⁵ Özen Arslan, "Nişanlılığın Sona Ermesi ve Sonuçları", s. 11.

¹⁹⁶ Hatta bu ihtimalde diğer nişanlı, sakatlığı önemsemeyip evlenmek istese bile sakatlanan nişanlı için haklı sebeple nişanı bozma hakkı olup diğer nişanlının yine de tazminat talep etme hakkı olmaz. Bkz. Özmen, "Nişanın Bozulmasında Cayma Akçısı ve Cezai Şart (M.K 83 Madde Değişikliği)", s. 538.

¹⁹⁷ Fezyioğlu, *Aile Hukuku*, s. 68.

¹⁹⁸ Tekinay, *Türk Aile Hukuku*, s. 33.

¹⁹⁹ Saymen ve Elbir, *Türk Medeni Hukuku Aile Hukuku*, s. 59; Schwarz, *Aile Hukuku Cilt 1*, s. 47.

Nişanın bozulmasının, kusura dayanmayan haklı sebeple gerçekleşmesi durumunda TMK'nin 120. maddesine göre tazminat talebinde bulunulamamaktadır. Bu hususta İsviçre Hukuku'nda geçerli olan ZGB'nin Art. 92 hükmü akla gelmektedir. Söz konusu hükme göre, hakkaniyet gerektiriyorsa, iyi niyetle yapılan masraflar için bir katkı yükümlülüğü gündeme gelebilecektir²⁰⁰. Dolayısıyla ilgili düzenlemenin nişanlanmanın duygusal niteliğini dikkate aldığı ve kusuru bir şart olarak aramadığı için yapılan masrafların talep edilebilmesine imkân vermesi sebebiyle isabetli bir hüküm olduğu düşünülebilir. Kanaatimizce, nişanlanmanın duygusal niteliği ile kusur ve kusursuzluğun sonuçları birbiriyle karıştırılmamalıdır. Taraflardan birinin kusuru olmasa bile nişanın bozulabilmesi, nişanlanmanın duygusal niteliğinin gereğidir. Kusur ilkesinin kabul edilmesi halinde, nişanı kusuruyla bozan ya da bozulmasına sebep olan tarafın ödemesi gereken tazminat; kusursuzluk ilkesinin kabul edilmesi halinde, kusuru olmayan tarafı bile mali bir yükümlülük altına sokacağı için nişanı bozmakta kusursuz olan tarafı evlenmeye zorlamak anlamına gelecektir. Bu ise nişanlanmanın duygusal niteliği ile örtüşmemektedir.

H. Duygusal Niteliği Sebebiyle Nişanın Bozulmasının Haksız Fiil Niteliği Taşımaması

Nişanın bozulması başlı başına haksız fiil niteliği taşımamaktadır. Nişanlanma, evlenmeye zorlama hakkını vermediği için nişanın bozulması tek başına haksız fiil olarak kabul edilmez²⁰¹. Nişanın bozulmasının haksız fiil niteliğinde olmaması, nişanlanmanın duygusal niteliğinin bir gereğidir. Nişanlanma ile taraflar arasında hukuki bir bağlılık tesis edilmiş olsa bile bu bağ tarafları evlenmeye mecbur kılamaz. Nişanın bozulmasına taraflardan birinin kusuru sebep olsa bile bu diğer taraf için bir mutlak hak ihlali anlamına gelmemektedir²⁰². Buna karşılık, nişanlılardan birinin gerçekleştirdiği bir haksız fiil, nişanın bozulmasına sebep teşkil etmiş ise bu fiillerden kaynaklanan bir haksız fiil sorumluluğundan söz edilebilir²⁰³. Ancak bu durum nişanın bozulmasının haksız fiil niteliğinde olduğu anlamına gelmemektedir.

²⁰⁰ İsviçre doktrininde, her ne kadar hükümde tazminat kavramı kullanılmamış olsa da bahsedilen katkı yükümlülüğünün borçlar hukuku anlamında bir tazminat yükümlülüğü olduğu ifade edilmektedir. Bkz. Tuor vd., *Schweizerische Zivilgesetzbuch* 14. Auflage §20, s. 17.

²⁰¹ Ergüne, "Nişanın Bozulmasında Maddi Tazminat", s. 760; Abik, "Nişanlanma ve Nişanlılık", s. 123.

²⁰² Ergüne, "Nişanın Bozulmasında Maddi Tazminat", s. 760.

²⁰³ Ergüne, "Nişanın Bozulmasında Maddi Tazminat", s. 760.

SONUÇ

Hukuk düzeni, duygusal ilişkilerin pek çoğunu düzenlememişken; nişanlanma hakkında özel hükümler öngörerek hukuki bir kurum olarak kabul etmiştir. Başka bir anlatımla, hukuk düzeni her fiili durumu düzenlemezken duygusal ilişki niteliğinde olan nişanlanmaya hukuki bir statü tanımıştır. Kadın ve erkek arasındaki duygusal ilişki niteliğindeki fiili durum sebebiyle taraflar arasında menfaat çatışmaları ortaya çıkabileceği ve tarafların haklarının korunması gerektiği için hukuk düzeni, fiili durumu özel olarak düzenleme gereği duymuştur. Duygusal niteliğe sahip olan nişanlanma, evlenme vaadi olması sebebiyle kamu düzeni ve ailenin korunması gibi sebeplerle hukuk düzenince özel hükümlere bağlanmış ve böylece tarafların hak ve menfaatlerinin korunması sağlanmıştır.

Nişanlanma hukuki bir kurum olarak düzenlenmekle birlikte, nişanlanmanın duygusal niteliği, bu ilişkinin düzenleme gereği olan tarafların hak ve menfaatlerinin korunması çerçevesinde nişanlanma hukukuna yansımıştır. Ülkelerdeki ahlak anlayışı veya örf adetlere bağlı olarak değişebilse de Türk hukuku bakımından duygusal niteliği gereği nişanlanmanın kadın ve erkek arasında gerçekleşebileceği kabul edilmelidir. Nişanlanmanın evlenme vaadi olması sebebiyle bir sözleşme olarak kabulü gerekse de bu sözleşmeyi duygusal niteliği sebebiyle borç doğuran bir sözleşme ya da ön sözleşme olarak değil, aile hukukuna özgü bir sözleşme olarak değerlendirmek gerekmektedir. Çünkü nişanlanma sözleşmesinden evlenme borcu doğmamaktadır. Hem TMK'nin 119. maddesinin açık hükmü hem de nişanlanmanın niteliği ve amacı buna izin vermemektedir.

Nişanlanmanın, evlenme vaadi anlamına gelmesi, evlenmede irade özgürlüğünün ihlal edilebileceği anlamına gelmemektedir. Duygusal ilişkilerde zorlama, işin doğasına aykırıdır. Nişanlanma halinde, evlenmeye zorlama hakkını kabul etmek, kişilerin hiç evlenmek istemedikleri halde veya evlenmek istemedikleri kişilerle evlenmeye zorlayacak; bu da kurulması öngörülen ailenin huzurunu ve devamlılığını olumsuz yönde etkileyecektir. Tarafların ve doğması muhtemel çocukların huzur ve mutluluğunu sağlamak için taraflara irade özgürlüğü ve evlenip evlenmeme ya da istediği kişiyle evlenme hakkı tanımak gerekmektedir. Nişanlanma dahi bu özgürlüğü tarafların elinden almamalıdır. Evlenme kararı, doğrudan kişilik alanında doğduğu için bizzat hak sahibi tarafından kullanılmalıdır. Bu anlamda olmak üzere hem nişanlanma hem de nişanı bozma kişiye sıkı sıkıya bağlı hak niteliğindedir.

Nişanlanmanın kadın ve erkek arasındaki duygusal ilişkinin bir sonucu olması sebebiyle nişanlanmanın hem kurulması hem de tek taraflı sona erdirilmesi sıkı şekil şartlarına bağlı tutulmamıştır. Çünkü duygusal ilişkilerin kurulması ya da sona erdirilmesi tarafları zorlayıcı olmamalıdır. Yine duygusal niteliği sebebiyle nişanlanma, haklı bir sebep olmadan bozulabilmelidir. Ayrıca taraflardan hiçbirinin kusuru olmasa dahi bazı durumlarda nişanın bozulması mümkün olabilmektedir. Bu sonuçlar, nişanlanmanın duygusal niteliği sebebiyle evlenmeye zorlama hakkı vermemesinden ve irade özgürlüğü ilkesinin kabul edilmesi gereğinden doğmaktadır. Nişan kusurlu bir fiille bozulsa bile, nişanlanmanın duygusal niteliği sebebiyle bunun haksız fiil olarak kabul edilmemesi gerekmektedir.

Nişanlanma ile tarafların hak ve menfaatleri için koruma sağlanmış olmaktadır. Duygusal niteliği sebebiyle evlenmeye zorlama hakkı doğmasa da taraflardan birinin kusurlu davranışı sonucunda nişan bozulursa, ortaya çıkan zararın tazmin edilmesi gündeme gelmektedir. Bu durum nişanlanmanın duygusal niteliğine aykırılık oluşturmamaktadır. Çünkü nişanlanmanın duygusal niteliği, tarafların hak ve menfaatlerinin korunması çerçevesinde hukuk düzeninde dikkate alınmaktadır.

KAYNAKÇA

- Abik, Yıldız. “Nişanlanma ve Nişanlılık”. Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 54/2 (2005): (s. 65-152). <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/628370> (erişim: 17.12.2023).
- Akıntürk, Turgut ve Derya Ateş. *Türk Medeni Hukuku Aile Hukuku*. İstanbul: Beta Yayıncılık, 1, 2021.
- Alp Shin, Sinem Naz. “Nişanlanmanın Hüküm ve Sonuçları”. Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2014.
- Antalya, O. Gökhan. *Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt I*. İstanbul: Legal Yayıncılık, 2015.
- Arsal, Sadri Maksudi. *Türk Tarihi ve Hukuk*. Ankara: Türk Tarih Kurumu Yayınları, 2020.
- Ateş, Lale. “4721 Sayılı Yeni Türk Medeni Kanunu’nda Nişanlanma”. Yüksek Lisans Tezi, Erciyes Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2010.
- Avcı, Mustafa. *Türk Hukuk Tarihi*. Konya: Atlas Akademi Yayınevi, 2020.
- Aydın, M. Akif, *Türk Hukuk Tarihi*. İstanbul: Beta Yayıncılık, 2009.
- Ayrancı, Hasan. *Ön Sözleşme*, Ankara: Yetkin Yayınları, 2006.
- Cin, Halil, Gül Akyılmaz. *Türk Hukuk Tarihi*. Konya: Sayram Yayınları, 2003.
- Dural, Mustafa, Tufan Öğüz ve M. Alper Gümüş. *Türk Özel Hukuku Aile Hukuku*. İstanbul: Filiz Kitabevi, 2020.
- Dural, Mustafa ve Tufan Öğüz. *Türk Özel Hukuku Kişiler Hukuku*. İstanbul: Filiz Kitabevi, 2019.
- Ekinci, Ekrem Buğra. *Osmanlı Hukuku*. İstanbul: Arı Sanat Yayınları, 2014.
- Erdem, Mehmet. *Aile Hukuku*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2019.
- Eren, Fikret. *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*. Ankara: Yetkin Yayınları, 2013.
- Ergüne, Mehmet Serkan. “Nişanın Bozulmasında Maddi Tazminat”. *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, 74/2 (2016): (s. 757-770). <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/291043> (erişim: 17.12.2023).
- Feyzioğlu, Feyzi N. *Aile Hukuku*. İstanbul: Fakülteler Matbaası, 1979.
- Hatemi, Hüseyin. *Aile Hukuku*. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2021.
- Hatemi, Hüseyin ve Emre Gökyayla. *Borçlar Hukuku Genel Bölüm*. İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2014.
- Hatemi, Hüseyin ve Rona Serozan. *Aile Hukuku*. İstanbul: Filiz Kitabevi, 1993.
- Hausheer, Heinz, Thomas Geiser, Regina Aebi-Müller. *Das Familienrecht des Schweizerischen Zivilgesetzbuches*. Bern: 2007.
- Hegnauer, Cyril, Peter Breitschmid. *Grundriss des Eherechts*. Bern: Stämpfli Verlag, 2000.
- Herring, Jonathan. *Family Law*. Harlow, 2017.
- Honsell, Heinrich, Nedim Peter Vogt, Thomas Geiser. *Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht Zivilgesetzbuch* 3. Auflage Art 90. Basel-Cenevre-Münih: 2006.
- İnan, Ali Naim ve Özge Yücel. *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2014.
- Kahveci, Nuri. *İslam Aile Hukuku*. İstanbul: Hikmetevi Yayınları, 2014.

- Kılıçoğlu, Ahmet M. *Aile Hukuku*. Ankara: Turhan Kitabevi, 2022.
- Koç, Nevzat. *Türk-İsviçre Hukukunda Nişanlanma Sözleşmesi*. İzmir: Dokuz Eylül Üniversitesi Yayınları, 2002.
- Köprülü, Bülent ve Selim Kaneti. *Aile Hukuku*. İstanbul: Filiz Kitabevi, 1989.
- Kocayusufpaşaoğlu Necip, Hüseyin Hatemi, Rona Serozan ve Abdülkadir Arpacı. *Borçlar Hukuku Genel Bölüm Birinci Cilt*. İstanbul: Filiz Kitabevi, 2010.
- Oğuzman, Kemal ve Mustafa Dural. *Aile Hukuku*. İstanbul: Filiz Kitabevi, 1998.
- Özcan, Büyüktanır, B. Gülseren ve Dila Okyar Karaosmanoğlu. "Evlenmeye Zorlamak İçin Öngörülen Cayma Tazminatı ya da Cezai Şart Davası Edilemez; Ancak Yapılan Ödemeler de Geri İstenemez". Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi, 7/1 (2017): s. (215-232). <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/744924> (erişim: 22.12.2023).
- Özen Arslan, Damla. "Nişanlanmanın Sona Ermesi ve Sonuçları". Namık Kemal Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 3/1 (2022): (s. 5-28). <https://doi.org/10.51562/nkuhukuk.2022311> (erişim: 15.12.2023).
- Özmen, Etem Saba. "Nişanın Bozulmasında Cayma Akçası ve Cezai Şart (M.K 83 Madde Değişikliği)". Türkiye Barolar Birliği Dergisi, 4 (1995): (s. 520-577). <http://tbbdergisi.barobirlik.org.tr/m1995-19954-921> (erişim: 15.12.2023).
- Öztan, Bilge. *Aile Hukuku*. Ankara: Turhan Kitabevi, 2015.
- Öztan, Bilge. *Şahsın Hukuku Hakiki Şahıslar*. Ankara: Turhan Kitabevi, 1994.
- Reisoğlu, Safa. *Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler*. İstanbul: Beta Yayınları, 2014.
- Saymen, Ferit Hakkı ve Halid Kemal Elbir. *Türk Medeni Hukuku Aile Hukuku*. İstanbul: İsmail Akgün Matbaası, 1960.
- Schwarz, Andreas B. *Aile Hukuku Cilt 1*. çev. Bülent Davran. İstanbul: İstanbul Üniversitesi Yayınları, 1946.
- Şahin Şengül, Eda ve Damla Özden Çelt. "Yargıtay Kararları Işığında Nişanın Bozulmasında Manevi Tazminat". İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 12/2 (2021): (s. 520-538). <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/1761032> (erişim: 15.12.2023).
- Şahin, Mustafa. "İsviçre Medeni Kanunu'nda Yapılan Değişiklikler Çerçevesinde Türk Hukukunda Ayırt Etme Gücüne Sahip Küçük ve Kısıtlıların (Sınırlı Ehliyetsizlerin) Nişanlanma Ehliyeti (TMK m.16/I, 118/II)". Ankara Barosu Dergisi, 4/81 (2014): s. (84-104). <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/398206> (erişim: 23.12.2023)
- Tekinay, S. Sulhi. *Türk Aile Hukuku*. İstanbul: Fakülteler Matbaası, 1971.
- Tuor, Peter, Bernhard Schnyder, Jörg Schmid, Alexandra Jungo. *Das Schweizerische Zivilgesetzbuch*. 14. Auflage §20. Zürich: 2015.
- Ünlütepe, Mustafa. *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2021.
- Velidedeoğlu, H. Veldet. *Türk Medeni Hukuku Aile Hukuku*. İstanbul: Nurgök Matbaası, 1965.
- Yaman, Ahmet. *İslam Aile Hukuku*. İstanbul: Marmara Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Vakfı Yayınları, 2017.
- Zeytin Çağrı, Gözde. "Nişanlılığın Sona Ermesinin Hukuki Sonuçlarından Hediyelerin Geri Verilmesi". Sakarya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 10/1 (2022): (s. 82-

101). <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/2374058> (erişim: 15.12.2023).

<http://www.dutchcivillaw.com/legislation/dcctitle055.htm>

<https://www.resmigazete.gov.tr/arsiv/18983.pdf>

<https://www.resmigazete.gov.tr/arsiv/12049.pdf>

<https://karararama.yargitay.gov.tr/>

AİLE KONUTUNUN KİRA SÖZLEŞMESİ İLE SAĞLANMASI HALİNDE BOŞANMANIN SÖZLEŞMEYE ETKİSİ

Doç. Dr. Betül ÖZLÜK

TOBB Ekonomi ve Teknoloji Üniversitesi Hukuk Fakültesi,
Medeni Hukuk Anabilim Dalı

ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-8241-4535>,
btiryaki@etu.edu.tr

Geliş Tarihi | Received: 25.11.2023

Kabul Tarihi | Accepted: 31.12.2023

İntihal: Bu makale, en az iki hakem tarafından incelendi ve intihal içermediği teyit edildi.

Plagiarism: This article has been reviewed by at least two referees and scanned via a plagiarism software.



Bu eser Creative Commons Atıf-GayriTicari 4.0 Uluslararası Lisansı ile lisanslanmıştır..

Atıf | Citation:

Özlük, Betül. "Aile Konutunun Kira Sözleşmesi ile Sağlanması Halinde Boşanmanın Sözleşmeye Etkisi". MHD. 1/1 (2024), s.69-95.

Yazar Beyanı

Mali Destek: Yazar, bu çalışmanın araştırılması, yazarlığı veya yayınlanması için herhangi bir finansal destek almamıştır.

Yazarların Katkıları: Bu makale yazar tarafından tek başına hazırlanmıştır.

Çıkar Çatışması/Ortak Çıkar Beyanı: Yazar tarafından herhangi bir çıkar çatışması veya ortak çıkar beyan edilmemiştir.

Etik Kurul Onayı Beyanı: Çalışmanın herhangi bir etik kurul onayı veya özel bir izne ihtiyacı yoktur.

Araştırma ve Yayın Etiği Bildirgesi: Yazar, makalenin tüm süreçlerinde MHD'nin bilimsel, etik ve alıntı kurallarına uyduğunu ve verilerde herhangi bir tahrifat yapmadığını, karşılaşılabilecek tüm etik ihlallerde MHD'nin ve editör kurulunun hiçbir sorumluluğunun olmadığını ve bu çalışmanın MHD'den başka hiçbir akademik yayın ortamında değerlendirilmediğini beyan etmektedir.

Author's Declaration

Financial Support The author, has not received any financial support for the research, authorship, or publication of this study.

Authors' Contributions This article was prepared by the author alone.

The Declaration of Conflict of Interest/Common Interest No conflict of interest or common interest has been declared by the author.

The Declaration of Ethics Committee Approval The study doesn't need any ethics committee approval or any special permission.

The Declaration of Research and Publication Ethics The author declares that she complies with the scientific, ethical, and quotation rules of MHD in all processes of the paper and that she does not make any falsification of the data collected. In addition, she declares that Civil Law Review and its editorial board have no responsibility for any ethical violations that may be encountered, and that this study has not been evaluated or published in any academic publication environment other than Civil Law Review.

AİLE KONUTUNUN KİRA SÖZLEŞMESİ İLE SAĞLANMASI HALİNDE BOŞANMANIN SÖZLEŞMEYE ETKİSİ

Öz

Hukukumuzda, konusu aile konutu olan kira sözleşmelerinde, eşlerin konutla ilgili birlikte karar almasını sağlamaya yönelik önemli düzenlemeler yapılmış (TMK m. 194/III, TBK m. 349/I), sözleşmenin kiracı olmayan eşin açık rızası olmadan feshedilemeyeceği ve dilerse bu eşin bildirimle sözleşmenin tarafı olabileceği belirtilerek aile konutunun varlığı teminat altına alınmıştır. Ancak, söz konusu düzenlemeler, aile konutunun eşlerin boşanması sonrasında niteliğini kaybetmesine bağlı olarak işlevini kaybetmekte, kira sözleşmesinin devamında yararı olan, konuta ihtiyacı olan eş korumasız kalmaktadır. Çalışmamızda konuya ilişkin kanun boşluğunun doldurulmasına ilişkin önerilen çözümler üzerinde durulmuş, nihayetinde karşılaştırmalı hukuk düzenlemeleri incelenerek yeni bir kanuni düzenleme yapılması önerilmiştir.

Anahtar Kelimeler: Aile Konutu, Aile konutuna ilişkin Kira Sözleşmesi, Kira Sözleşmesinin Devri, Boşanma Sonrası Kira Sözleşmesi

**IF THE FAMILY RESIDENCE IS PROVIDED WITH A LEASE AGREEMENT
EFFECT OF DIVORCE ON THE CONTRACT**

ABSTRACT

In our law, important regulations have been made to ensure that the spouses take joint decisions regarding the matrimonial residence in lease agreements, and the existence of the matrimonial residence has been secured by stating that the agreement cannot be terminated without the express consent of the non-tenant spouse and that this spouse may become a party to the agreement upon notification. However, these regulations lose their function due to the loss of the quality of the matrimonial residence after the divorce of the spouses, and the spouse who has an interest in the continuation of the lease agreement and who needs the residence is left unprotected. In our study, the solutions proposed to fill the legal gap on the subject are emphasized, and finally, a new legal regulation is proposed by examining the comparative law regulations.

Keywords: Matrimonial Residence, Lease Agreement regarding the Matrimonial Residence, Transfer of Lease Agreement, Lease Agreement after Divorce

GİRİŞ

Aile konutu, ailenin korunması konusunda Türk Medeni Kanunu'nun getirdiği önemli kavramlardan biridir. Kanun koyucu, evliliğin genel hükümleri arasında üçüncü bölümde yer verdiği TMK m. 194'te aile konutunun varlığını teminat altına almak üzere aile konutu ile ilgili işlemlerde eşlerin birlikte karar almasını sağlayacak düzenlemeler yapmıştır. Hükme göre, eşlerden biri, diğer eşin açık rızası bulunmadıkça, aile konutu ile ilgili kira sözleşmesini feshedemez, aile konutunu devredemez veya aile konutu üzerindeki hakları sınırlayamaz (TMK m. 194/I). Düzenlemede ayrıca, sözleşmenin tarafı olmayan eşe, kiralayana yapacağı bildirimle sözleşmenin tarafı hâline gelme imkânı da tanınmıştır (TMK m. 194/III).

Böylece, aile konutunun eşlerden hangisine ait olduğu veya konut kira sözleşmesi ile temin edilmişse sözleşme tarafının hangi eş olduğu önem taşımaksızın aile konutunun varlığını etkileyecek işlemler bakımından malik olmayan ya da sözleşme tarafı bulunmayan eşin rızasına ihtiyaç duyulacak, bu eş isterse kiraya verene bildirimde bulunarak sözleşme tarafı haline gelebilecektir.

Aile konutunun kira sözleşmesi ile sağlanması halinde TMK m. 194 ile uyumlu olacak şekilde Türk Borçlar Kanunu'nda da düzenleme yapılmış ve sözleşmenin kiracı olmayan eşin açık rızası olmadan feshedilemeyeceği ve dilerse bu eşin bildirimle sözleşmenin tarafı olabileceği yinelenmiştir (TBK m. 349).

Tüm bu olumlu düzenlemelere rağmen, kendisine bu kadar anlam yüklenmiş, evliliğin sürdüğü yıllar içinde eşlerin ve çocukların duygusal bağ kurdukları ve kanunda koruma altına alınmış aile konutu, boşanma anında sihirli bir değnekle dokunulmuş gibi niteliğini kaybetmekte, koruma da eş zamanlı ortadan kalkmaktadır. Oysa aile konutu, eşler bakımından evlilik birliği ortadan kalktığında çözülmesi gereken "evlilik birliği mevcutken var olan eşler arası dayanışmanın devam eden etkisi kuralı"²⁰⁴ na dayanan nafaka ve tazminat konuları kadar önem taşıyan bir konudur.

²⁰⁴ Werner Schulz und Jörn Hauß, *Vermögensauseinandersetzung bei Trennung und Scheidung*, 7. Auflage, München: C.H.BECK, 2022, Rn. 120-126; Bu kurala göre, her eş boşandıktan sonra gücü yettiği kadar kendi ihtiyacını kendi karşılamalıdır. Ancak, gereği mali durumu daha iyi olan eşin diğer eşe karşı sorumluluğu bulunmalıdır. Zira, eşler uzun süren evliliklerinde gelecek için birtakım planları birlikte yaparlar. Eşlerden biri evliliğin devamı sırasında eğitimi ve kendisini geliştirme konusunu öncelikler arasında geriye atmış olabilir. Boşanma sonrası, yaşlılık, sakatlık veya sürekli olarak iş bulamama gibi durumlar nedeniyle güç durumda kalmış

Ne yazık ki, kanunumuzda bu konuda herhangi bir hüküm bulunmamakta, boşanma sonrasında aile konutunda eşlerden hangisinin oturacağı, kira sözleşmesinin hangi tarafla devam edeceği soruları cevapsız kalmaktadır.

Türk Medeni Kanun'unda evliliğin ortadan kalkması halinde aile konutundan hangi eşin faydalanacağı edinilmiş mallara katılma rejimi bakımından sadece "ölüm" hali için düzenlenmiş, sağ kalan eşin eski yaşantısını devam ettirebilmesi için, ölen eşine ait olup birlikte yaşadıkları konut üzerinde kendisine katılma alacağına mahsup edilmek, yetmez ise bedel eklenmek suretiyle intifa veya oturma hakkı tanınmasını isteme hakkı tanınmıştır (TMK m. 240). Boşanma halinde aile konutundan faydalanmaya yönelik yegâne düzenleme olarak paylaşmalı mal ayrılığı için getirilmiş bulunan TMK m. 254 gösterilebilir.

Günümüzde, aile konutunun eşlerden birine ait olmasından ziyade kira sözleşmesi ile temin edilmesine daha sık rastlanmaya başlanmıştır. Bu nedenle aile konutuna ilişkin, boşanma halinde ortadan kalkan korumanın mevcut kira sözleşmesini nasıl etkilediği ve bu durumda sözleşme tarafı olmayan eşin nasıl korunabileceği konusunun ele alınması ihtiyacı doğmuştur.

Kanun koyucu maalesef bu konuya ilişkin olarak da boşanma sonrasında hesaba katmadan düzenleme yapmıştır. Oysa İsviçre Medeni Kanunu'nda ve İsviçre Borçlar Kanunu'nda da aile konutunun kira sözleşmesi ile temin edilmiş olması halinde gerek evlilik devam ederken (ZGB Art. 169, OR Art. 266/m) gerekse evlilik sona erdikten sonra (ZGB Art. 121) uygulanmak üzere oldukça elverişli düzenlemeler yapılmıştır. Alman Medeni Kanunu'nda da evliliğin devamı süresince aile konutu ile ilgili bir hükme yer verilmiş olmasa da, aile konutunun ayrılık sırasında (BGB § 1361b) ve boşanma sonrasında (BGB § 1568a) korunmasına hizmet eden ikili bir düzenlemeye yer verilmiş bulunmaktadır.

Çalışmamız karşılaştırmalı hukuktaki bu düzenlemeleri ele alarak aile konutuna ilişkin kira sözleşmesinin boşanma sonrasında ne şekilde devam edebileceği, bu konuda hukukumuzda ne gibi düzenlemeler yapılabileceğini ortaya koyabilmek amacıyla kaleme alınmıştır. Bu kapsamda öncelikle, aile konutu kavramı ve evliliğin devam ettiği sırada kira sözleşmesinde kiracı olmayan eşin nasıl korunduğu üzerinde durularak, korumanın kalktığı

olabilir; Bilge Öztan, *Aile Hukuku*, 6. Bası, Ankara: Turhan Kitabevi, 2015, s. 800-804; Ingeborg Schwenzer. *Fam Kommentar Scheidung*, Bern: Schulthess, 2005, Art. 125-132, Rn. 6.

boşanma anından itibaren sözleşmenin akıbeti ele alınacak, sonrasında sözleşmenin devam etmesinin sağlanmasına ilişkin çözüm önerilerinde bulunulacaktır.

I. AİLE KONUTU KAVRAMI

Türk Medeni Kanunu'nun getirdiği önemli kavramlardan biri olan aile konutu, ailenin ikamet etmek amacıyla kullanımına özgülenen, aile ilişkilerinin merkezi haline gelmiş genellikle bir taşınmaz²⁰⁵ olarak tanımlanmaktadır.²⁰⁶ Ancak, aile konutu bundan çok daha fazlasıdır. Eşlerin ortak bir hayatı paylaştığı, acı tatlı anıları bulunan, yıllar içinde seçilen kullanılan eşyalarla bir bütün oluşturan nihayetinde eşlerin duygusal bağ kurdukları bir yaşam alanı olup evlilik birliğinin korunmasıyla da doğrudan ilgili bir kavramdır.²⁰⁷

Taşınmazın aile konutu niteliği taşıyabilmesi için, eşler tarafından fiilen ve geçerli bir ayni veya şahsi hakka dayalı olarak kullanılıyor olması gerekir.²⁰⁸ Dolayısıyla, konutun eşlerden birinin veya her ikisinin mülkiyetinde olmasına gerek yoktur. Kira sözleşmesine dayalı olarak (veya

²⁰⁵ Taşınmaz niteliğine sahip olmayan yerlerin de aile konutu olarak kabul edilmesi mümkündür (Faruk Acar, *Aile Konutu Mal Rejimleri Eşin Yasal Miras Payı*, 3. Baskı, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2012, s. 20; Mustafa Alper Gümüş, *6089 sayılı Türk Borçlar Kanunu'na göre Kira Sözleşmesi*, 2. Bası, İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2012, s. 55; M. Murat İnceoğlu, *Kira Hukuku*, Cilt 2, 1. Bası, İstanbul: Oniki Levha Yayıncılık, 2014, s. 319; Öztan, *Aile Hukuku*, s. 200; Şükran Şıpka, *Türk Medeni Kanunu'nda Aile Konutu ile İlgili İşlemlerde Diğer Eşin Rızası (TMK m. 194)*, 2. Bası, İstanbul: Beta Basım Yayın, 2004, s. 79; Murat Aydoğdu ve Nalan Kahveci., *Türk Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri*, 3. Bası, Ankara: Adalet Yayınları, 2017, s. 590; Gamze Cumalı, "Aile Konutu ve Kira İlişkileri", Sosyal Bilimler Enstitüsü, Özel Hukuk Ana Bilim Dalı, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi. İstanbul: Marmara Üniversitesi, 2012, s. 31; Emre Gökyayla, "Konut ve Çatılı İşyeri Kiralarına İlişkin Hükümlerin Uygulama Alanı", Yaşar Üniversitesi Elektronik Dergisi, 8/Özel Sayı (2013), s. 1217.

²⁰⁶ Heinrich Honsell, Nedim Peter Vogt und Wolfgang Wiegand. *Basler Kommentar, Obligationenrecht I, Art. 1-529 OR*, 6. Auflage, Basel: Helbing Lichtenhahn, 2018, s. 1500; Mustafa Dural, Tufan Ögüz ve Mustafa Alper Gümüş, *Türk Özel Hukuku, C. III, Aile Hukuku*, İstanbul: Filiz Kitabevi, 2021, N. 879; Nami Barlas, "Yeni Türk Medeni Kanunu Hükümleri Çerçevesinde Eşler Arası Hukuki İşlem Özgürlüğü ve Sınırları", Prof. Dr. Necip Kocayusufpaşaoğlu için Armağan, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2004, s. 122; Öztan, *Aile Hukuku*, s. 200; Michael Schlumpf und Christian Fraefel, *Personen- und Familienrecht Art. 1-456 ZGB - Partnerschaftsgesetz*, 4. Auflage, Zürich: Schulthess, 2023, Rn. 3; Cevdet Yavuz, Faruk Acar ve Burak Özen, *Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, 10. Baskı, İstanbul: Beta Yayınları, 2014, s. 646; Şıpka, *Türk Medeni Kanunu'nda Aile Konutu ile İlgili İşlemlerde Diğer Eşin Rızası (TMK m. 194)*, s. 76; Acar, *Aile Konutu Mal Rejimleri Eşin Yasal Miras Payı*, s. 39; Ayşe Havutçu, "Evlilik Kadının Yerleşim Yeri", DEÜHFHD, 7/1 (2005), s. 29-50.

²⁰⁷ Ayrıca bkz. M. Ahmet Kılıçoğlu, *Aile Hukuku*, Ankara: Turhan Kitabevi, 2015, s. 240; Y. HGK., E. 2011/2-447, K. 2011/556, 28.09.2011 (Kazancı veri tabanı).

²⁰⁸ Şıpka, *Türk Medeni Kanunu'nda Aile Konutu ile İlgili İşlemlerde Diğer Eşin Rızası (TMK m. 194)*, s. 76; Dural, Ögüz ve Gümüş, *Türk Özel Hukuku, C. III, Aile Hukuku*, N. 880-883; Mustafa Alper Gümüş, *Türk Medeni Kanununun Getirdiği Yeni Şerhler*, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2003, s. 34.

benzer geçici kullanım hakkı veren sözleşmelerle)²⁰⁹ kullanılıyor olması da aile konutunun varlığını kabul etmek için yeterlidir.²¹⁰

Taşınmazın aile konutu niteliğini kaybetmesi evliliğin sona ermesi ile örneğin, boşanma veya iptal kararının kesinleşmesi ya da ölüm ile olur.²¹¹

Eşlerin fiilen ayrı yaşadıkları hallerde ise aile konutu niteliğini kaybetmez.²¹² Hatta, kanun koyucu, ayrılık döneminde aile konutunun kullanımını, tedbir niteliğinde özel hükümlerle düzenlemiştir. TMK m. 197 gereğince hâkimin, birlikte yaşama ara verilmesi halinde alabileceği tedbirler kapsamında aile konutundan kimin faydalanacağına karar vermesi mümkündür. Yine, 6284 Sayılı Ailenin Korunması ve Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesine Dair Kanuna İlişkin Uygulama Yönetmeliği'nin²¹³ 19. maddesine göre hâkim, koruma kararı ile birlikte aile konutunun karar süresince korunan kişiye tahsis edilmesine ve şiddet uygulayan kişinin kira sözleşmesini feshetmesini engelleme yönünde karar verebilmektedir.

Eşlerin konuttan taşınmış olması halinde durumun ayrıca değerlendirilmesi gerekir. Konutun boşaltılmasına, başka şehre taşınması veya konutun başkasına kiralanması gibi olgular da eşlik ediyorsa aile konutu niteliğinin kaybolduğu sonucuna varılabilir. Buna karşılık, eşlerden birinin konutu terk etmesi, diğer eşin tek başına (veya çocuklarla) konutta yaşamaya devam etmesi halinde aile konutu niteliğini kaybetmez.²¹⁴ Aksinin kabulü aile konutu kavramının getiriliş amacını zedeler.

Aile Konutu ile ilgili temel hüküm TMK m. 194'tür. Kanun koyucu bu madde ile aile konutunun varlığını korumaya yönelik düzenlemeler yapmış ve aile konutuyla ilgili hukuki işlemler için hak sahibi olmayan eşin rızasını

²⁰⁹ Dural, Ögüz ve Gümüş, *Türk Özel Hukuku, C. III, Aile Hukuku*, N. 886; Gümüş, *Türk Medeni Kanununun Getirdiği Yeni Şerhler*, s. 37; Aksi görüşe göre, söz konusu hükümler kira sözleşmesi dışındaki hükümlere uygulanamaz. Bkz. Acar, *Aile Konutu Mal Rejimleri Eşin Yasal Miras Payı*, s. 39.

²¹⁰ Julius Staudinger und Gerd Weinreich, *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch: Staudinger BGB - Buch 4: Familienrecht: §§ 1564-1568*, Berlin: De Gruyter, 2018, Rn. 56; Acar, *Aile Konutu Mal Rejimleri Eşin Yasal Miras Payı*, s. 39; Yavuz, Acar ve Özen, *Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, s. 646.

²¹¹ Öztan, *Aile Hukuku*, s. 200; Dural, Ögüz ve Gümüş, *Türk Özel Hukuku, C. III, Aile Hukuku*, N. 884; Şıpka, *Türk Medeni Kanunu'nda Aile Konutu ile İlgili İşlemlerde Diğer Eşin Rızası (TMK m. 194)*, s. 91; Gümüş, *Türk Medeni Kanununun Getirdiği Yeni Şerhler*, s. 35; Acar, *Aile Konutu Mal Rejimleri Eşin Yasal Miras Payı*, s. 21.

²¹² Y. 2. HD., E. 2016/16259, K. 2016/16213 (Kazancı veri tabanı).

²¹³ RG. 18.01.2013, Sa. 28532.

²¹⁴ Dural, Ögüz ve Gümüş, *Türk Özel Hukuku, C. III, Aile Hukuku*, N. 884, dpn. 48; Y. 7. HD., E. 2021/3539, K. 2022/2084, 16.03.2022 (Legalbank veri tabanı).

arayarak ilgili işlemlerin keyfi şekilde gerçekleştirilmesinin önüne geçmeyi hedeflemiştir.

Konut üzerinde aynı hak sahibi olan eşin tasarruf yetkisinin kısıtlanmasına kadar giden bu koruma, konutun kiralanması halinde kira sözleşmesi tarafı olan eşin sözleşme ilişkisini istediği gibi sonlandırma (fesih) hakkının eşinin rızasına bağlanması ve kiracı olmayan eşin kiralayana yapacağı bildirimle sözleşmenin tarafı haline gelmesine imkân tanınması yoluyla sağlanmıştır.

Aile konutunun kira sözleşmesi ile sağlanması halinde uygulanacak diğer madde TMK m. 194 ile uyumlu şekilde kaleme alınan TBK m. 349 hükmüdür. Bu hükme göre de kiracı olmayan eşin bildirimle sözleşmenin tarafı haline gelmesi mümkün kılınmış, eşin bu imkândan faydalanmak istemediği hallerde bile, sözleşmenin feshi onun rızasına bağlanarak aile konutunun varlığı koruma altına alınmıştır.

Her iki hüküm dikkate alındığında, kira sözleşmesinin konusu aile konutu olduğunda kiracı sıfatını taşımayan eşin iki şekilde sözleşmeye dahil edildiği görülmektedir. Bunlardan ilki, kiracı olmayan eşin rızası alınmadan sözleşmeye son verilememesi iken diğeri eşin kiraya verene yapacağı bir bildirimle sözleşmenin tarafı haline gelebilmesidir.

II. KONUSU AİLE KONUTU OLAN KİRA SÖZLEŞMESİNDE EŞİN ROLÜ

A. Kiracı Olmayan Eşin Rızası

Aile konutu, eşlerden birisi tarafından kira sözleşmesi ile sağlanmışsa, kiracı eş diğer eşin rızası olmadıkça kira sözleşmesini feshedemez (TMK m. 194/I, TBK m. 139/I). Benzer şekilde, İsviçre Medeni Kanunu'nda ve İsviçre Borçlar Kanunu'nda da kiralık olan aile konutunda kiracı olan eşin diğerinin rızası olmadan kira sözleşmesini feshedemeyeceği düzenlenmiş bulunmaktadır (ZGB Art. 169, OR Art. 266/m).

Hükmün anlaşılabilmesi için “rıza” kavramı üzerinde duymak gerekir.

1. Kira Sözleşmesinde Eşin Rızası Kavramı

Rıza beyanı, yenilik doğuran bir hakkın kullanımı niteliğindedir. Rıza beyanının açık veya örtülü şekilde yapılması mümkün olmakla beraber, TBK m. 349/I'e göre kiracı eşin fesih beyanına verilecek rızanın “açık” olması aranmaktadır. Hangi işlem için rıza verildiğinin de belirtilmesi gerekir, genel ve soyut bir rızanın geçerli olamayacağı kabul edilmektedir.

Kiraya verene yöneltmesi gereken rıza beyanının kanunda öngörülmesi herhangi bir şekli bulunmamasıyla birlikte, TBK m. 348 gereği feshin yazılı şekilde yapılmasından hareketle, rızanın da yazılı olması gerektiği savunulabilir.

Kiracı konumunda olmayan eş, rıza verip vermemekte serbesttir. Ancak, haklı bir neden olmadan rıza vermekten kaçınılmaktaysa, hâkim müdahalesi istenebilir (TBK m. 349/II). Hâkim, kiracı eşi haklı gördüğü takdirde, bu eş tek başına işlem yapma, diğer bir ifadeyle sözleşmeyi rızaya ihtiyaç duymadan feshetme yetkisi vermektedir.

TBK m. 349'de, eşin rızası alınmadan yapılan işlemler bakımından uygulanacak yaptırım belirtilmiş değildir. İsviçre Borçlar Kanunu'nda ise yaptırımın açıkça kesin hükümsüzlük olduğu kabul edilmiştir (OR Art. 266/o). Aynı sonucun, TMK m. 194 ve TBK m. 349 hükümlerinin emredici nitelik taşıdığı dikkate alındığında hukukumuzda da kabul edilmesi gerekir. Böylece, kiracı eşin fesih beyanında bulunmasına rağmen kira sözleşmesi son bulmayacak, devam edebilecektir.

2. Kira Sözleşmesinde Eşin Rızasının Arandığı Haller

a. Kira Sözleşmesinin Feshi

Aile konutu genellikle eşlerden biri tarafından kiralanmakta, sözleşmenin tarafı sadece bu eş olmaktadır. Sözleşmenin nisbiliği ilkesi gereği diğer eş, bu sözleşmede ve özellikle sözleşmenin sona erdirilmesine ilişkin işlemlerde söz hakkına sahip değildir.

Aile konutuna ilişkin TMK m. 194 ve TBK m. 349 hükümlerine göre, kira sözleşmesinin aile konutunu konu alması halinde sözleşme ancak kiracının eşinin rızası ile feshedilebilmektedir. Bu kapsamda, kira sözleşmesinin olağan feshi veya olağanüstü feshi fark etmeksizin sözleşmenin sona ermesi sonucunu doğuracak her halde eşin rızasının alınması gerekecektir.²¹⁵ Rızanın fesih beyanının yapıldığı anda alınması yeterlidir. Fesih beyanından sonra rıza verilebileceği de kabul edilmekle birlikte,²¹⁶ fesih bildirim için bir sürenin söz konusu olduğu hallerde bir görüşe göre rıza en geç sürenin başında,²¹⁷ diğer bir görüşe göre süre sonuna kadar herhangi bir anda

²¹⁵ TBK m. 328, m. 331, m. 347 gibi.

²¹⁶ Mustafa Alper Gümüş, *6089 sayılı Türk Borçlar Kanunu'na göre Kira Sözleşmesi*, 2. Bası, İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2012, s. 80; Acar, *Aile Konutu Mal Rejimleri Eşin Yasal Miras Payı*, s. 72.

²¹⁷ Acar, *Aile Konutu Mal Rejimleri Eşin Yasal Miras Payı*, s. 72.

verilebilir.²¹⁸ Son görüşe göre, belirli süreli kira sözleşmesi bakımından, TBK m. 347/I gereğince eşin rızasının sözleşmenin süresinin bitmesine on beş gün kala alınması mümkün olacaktır. Ancak, belirsiz süreli kira sözleşmesinde, TBK m. 347/II'ye göre kiracının her zaman fesih beyanında bulunabilmesi mümkün olduğundan sonradan verilen rızanın hangi andan itibaren etki doğuracağı ayrıca tespit edilmelidir. Bu konuda yine iki görüş ortaya atılmakta;²¹⁹ bir görüşe göre rıza geçmişse etkili olarak kiracı eşin feshettiği andan itibaren, diğer bir görüşe göre ise rızanın verilmesi anından itibaren sözleşmenin sona ereceği kabul edilmektedir.

Kanun koyucu, evlilik birliğinin devamı bakımından önem taşıyan aile konutuna ilişkin bu tür sözleşmenin kurulmasına müdahale etmemekte ancak sözleşmenin devamını sağlamak amacıyla kiracı eşin fesih beyanını diğer eşin rızasına bağlamaktadır. Böylece, sözleşmeye son veren veya sözleşmenin sona ermesine yol açabilecek işlemlere eşlerin birlikte karar vermeleri sağlanmış, kiracı eşin keyfilik taşıyabilecek bireysel işlemlerine karşı aile konutunun varlığını dolayısıyla ailenin varlığını korunmuş olacaktır.²²⁰ İlgili hükümler bu amaçla yorumlandığında maddede geçen "fesih" ibaresine rağmen, fesih sonucunu doğrudan veya dolaylı şekilde doğurmaya elverişli tüm işlemlerde eşin rızası aranmalıdır. Bu nedenle, sözleşmenin sona ermesine neden olan işlemlerin başında gelen "dönme"nin de, eşlerin taşınmaza yerleşmesinden sonra ileri sürülmesi şartıyla (ancak bu halde aile konutu niteliği kazanacaktır) eşin rızasını gerektireceğine şüphe yoktur.²²¹ Örneğin, kira konusu taşınmaz teslim edildiğinde önemli bir ayıp tespit edilmiş olabilir, bu halde genel hükümlere (TBK m. 304) göre kiracının sözleşmeden dönme hakkı doğar. Kiracı ve eşi teslimine rağmen konuta henüz taşınmamış ise rızaya gerek duyulmayacaktır. Buna karşılık, irade sakatlığı hallerinde sözleşmenin iptal edilmesi için eşin rızasının alınmasına gerek yoktur.²²²

²¹⁸ Gümüş, 6089 sayılı Türk Borçlar Kanunu'na göre Kira Sözleşmesi, 2. Bası, İstanbul: Vedat Kitapçılık, s. 80; Yavuz, Acar ve Özen, Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler, s. 649; Acar, Aile Konutu Mal Rejimleri Eşin Yasal Miras Payı, s. 69; İnceoğlu, Kira Hukuku, s. 341.

²¹⁹ Görüşlerin açıklaması için bkz. Acar, Aile Konutu Mal Rejimleri Eşin Yasal Miras Payı, s. 42 vd.; Yavuz, Acar ve Özen, Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler, s. 649.

²²⁰ Yavuz, Acar ve Özen, Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler, s. 647.

²²¹ Aynı yönde Emel Badur, "Eşin Rızası", TBB Dergisi, 109 (2013), s. 274, dñn. 71; Yavuz, Acar ve Özen, Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler, s. 648; Gümüş, 6089 sayılı Türk Borçlar Kanunu'na göre Kira Sözleşmesi, s. 50.

²²² Yavuz, Acar ve Özen, Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler, s. 648; Gümüş, 6089 sayılı Türk Borçlar Kanunu'na göre Kira Sözleşmesi, s. 50.

b. *Fesih ile Benzer Sonuçlar Doğurabilecek Diğer İşlemler*

Aile konutuna ilişkin hükümlerde fesih kavramına yer verilse de, sözleşmenin sona ermesi sonucunu doğurabilecek diğer işlemlerin de eşin rızasına bağlı olduğunun kabul edilmesi gerekir. Bu işlemlerin başında ikale sözleşmesi gelir.

Yine, tahliye taahhüdünde bulunmak²²³ veya açılan tahliye davasını kabul etmek, eşin rızasına bağlı olduğu gibi; sözleşme süresini kısaltan veya sözleşme konusu taşınmazın kullanımına sınırlama getiren sözleşmede yapılan her türlü değişiklik eşin rızasıyla gerçekleştirilebilecektir.²²⁴

Son olarak, kiracı olmayan eşin rızasının alınması gereken hallerden biri olarak kiracılık hakkına ilişkin şerhin terkin işlemi gösterilmektedir. Kira sözleşmesinden doğan kiracılık hakkının, TBK m. 312 gereğince (ayrıca TMK m. 1009/I), sözleşmeyle tapuya şerhinin kararlaştırılması mümkün kılınmıştır.

Kişisel hakların şerh verilmesi, tasarrufa yetkili olduğunu kanıtlayan taşınmaz malikinin talepte bulunmasına bağlıdır (TST m. 16).²²⁵ Şerhin yapılabileceğini öngören böyle bir anlaşmanın varlığı halinde kiracı hakkının şerhini kiraya verenden isteyebilecektir. Kiracının sözleşmeye dayanarak tapuda tek başına şerh talebinde bulunması mümkün görünmekle birlikte, uygulamada sözleşmedeki şerh kaydına rağmen, kiracının bu konuda tek başına istemde bulunamayacağını kabul edildiğine²²⁶ işaret etmek gerekir.

²²³ Dural, Ögüz ve Gümüş, *Türk Özel Hukuku, C. III, Aile Hukuku*, N. 888; M. Ahmet Kılıçoğlu, *Türk Medeni Kanunu'nda Diğer Eşin Rızasına Bağlı Hukuksal İşlemler ve Yasal Alım Hakkı*, Ankara: Turhan Kitabevi, 2002, s. 11; Kılıçoğlu, *Aile Hukuku*, s. 245; Şıpka, *Türk Medeni Kanunu'nda Aile Konutu ile İlgili İşlemlerde Diğer Eşin Rızası (TMK m. 194)*, s. 129-134; Badur, "Eşin Rızası", s. 274; Barlas, s. 132; Acar, *Aile Konutu Mal Rejimleri Eşin Yasal Miras Payı*, s.70; Cumalı, "Aile Konutu ve Kira İlişkileri", s. 71-73.

²²⁴ Gümüş, *6089 sayılı Türk Borçlar Kanunu'na göre Kira Sözleşmesi*, s. 59; Kılıçoğlu, *Türk Medeni Kanunu'nda Diğer Eşin Rızasına Bağlı Hukuksal İşlemler ve Yasal Alım Hakkı*, s. 11; Acar, *Aile Konutu Mal Rejimleri Eşin Yasal Miras Payı*, s. 72; Şıpka, *Türk Medeni Kanunu'nda Aile Konutu ile İlgili İşlemlerde Diğer Eşin Rızası (TMK m. 194)*, s. 134; Ayan, Serkan. *Evlilik Birliğinin Korunması*. Ankara: Türkiye Barolar Birliği, 2004. Serkan Ayan, *Evlilik Birliğinin Korunması*, 2004, s. 112.

²²⁵ A. Lâle Sirmen, *Eşya Hukuku*, 10. Baskı Ankara: Yetkin Yayınları, 2022, s. 225.

²²⁶ "Kira sözleşmesinde, sözleşmenin tapuya şerh edileceğine ilişkin düzenleme bulunmaktadır. Kira sözleşmesinin yukarıda açıklandığı üzere kiracı tarafından tek taraflı olarak şerh ettirilmesine imkân bulunmadığından, bu gibi durumlarda kiraya verenin tescil yükümlülüğünü yerine getirmemesi halinde kiracı bu yükümlülüğün ifası için dava açabilir. Davalı-karşı davacı kiracı da kira sözleşmesindeki hükme dayanarak kira sözleşmesinin şerhini istediğine göre Mahkemeye işin esasına yönelik bir karar verilmesi gerekirken yazılı gerekçe ile davanın reddine karar verilmesi doğru değildir." Y. 3. HD. 15.01.2019, K. 2017/5478, E. 2019/81 (Legalbank Veri Tabanı).

TBK m. 310'nun getirdiği "satış kirayı bozmaz" kuralı karşısında ilk etapta, kiracı bakımından şerhin herhangi bir fayda sağlamayacağı akla gelecek olsa da, yeni malik tarafından ihtiyaç nedeniyle sözleşmeyi sona erdirme olasılığı düşünüldüğünde (TBK m. 351) kiracılık hakkının şerh edilmesinin önemi ortaya çıkacaktır.

Kira sözleşmesine ilişkin bu tür şerhlerin terkin bakımından da eşin rızası aranmalıdır.²²⁷ Gerçekten de, böyle kapsamlı bir koruma getiren şerhin terkin ettirilmesi yönündeki irade açıklamasına eşin rıza göstermiş olması beklenmeli, ailenin korunmasına hizmet eden çözüm benimsenmelidir. Aksi halde, kira konusu taşınmazın devri halinde yeni malik, TBK m. 351/I'e dayanarak ihtiyaç sebebiyle sözleşmeye son verip kiracıyı konuttan çıkarabilir. Şerhin var olmaya devam etmesi halinde, yeni malik on yıl boyunca kira süresiyle bağlı olmaktadır.²²⁸

Son olarak, kiracı eş tarafından kiraya veren izni olsa dahi, alt kira sözleşmesi veya kiralananın kullanımına ilişkin devir sözleşmesi ya da sözleşmenin devrinin diğer eşin rızasıyla yapılabileceğini kabul etmek hükmün amacına uygun düşmektedir.²²⁹

c. Diğer Haller

Kira sözleşmesi, tarafların sözleşme hükümlerine aykırı hareket etmesi nedeniyle de sona erebilir. Sözleşme ihlali edildiğinde karşı taraf tek taraflı bozucu yenilik doğuran hakkını kullanarak sözleşmeyi feshedebilir.

Bu bağlamda, kiracı eşin sözleşmenin feshine yol açabilecek davranışlarda bulunarak kiraya verenin sözleşmeyi feshetmesine neden olması da mümkündür. Ancak, kiracı eşin kira bedelini ödememe gibi yükümlülüğünü ihlal eden davranışlar doğası gereği TBK m. 349/I'e göre rızaya tabi olmayan eylemlerdendir.²³⁰ Bununla birlikte, hukukumuzda açık bir hüküm olmamasına rağmen, TBK m. 349/III gereği kiraya verenin fesih beyanını sadece yükümlülüğünü ihlal eden kiracısına değil, eşine de

²²⁷ Gümüş, 6089 sayılı Türk Borçlar Kanunu'na göre Kira Sözleşmesi, s. 59; Kılıçoğlu, Türk Medeni Kanunu'nda Diğer Eşin Rızasına Bağlı Hukuksal İşlemler ve Yasal Alım Hakkı, s.11; Acar, Aile Konutu Mal Rejimleri Eşin Yasal Miras Payı, s. 72; Aksi görüş için bkz. Barlas, s. 132.

²²⁸ Sirmen, s. 231.

²²⁹ Acar, Aile Konutu Mal Rejimleri Eşin Yasal Miras Payı, s. 72; Kılıçoğlu, Türk Medeni Kanunu'nda Diğer Eşin Rızasına Bağlı Hukuksal İşlemler ve Yasal Alım Hakkı, s. 19; TMK m. 194'de yer alan "sınırlayamaz" ifadesinden yola çıkarak aynı sonucu kabul eden görüş için bkz. Badur, "Eşin Rızası", s. 275.

²³⁰ Acar, Aile Konutu Mal Rejimleri Eşin Yasal Miras Payı, s. 72; Şıpka, Türk Medeni Kanunu'nda Aile Konutu ile İlgili İşlemlerde Diğer Eşin Rızası (TMK m. 194), s. 134.

yöneltmesi gerektiğinin kabul edilmesi gerekir. Böylece, kiracının eşi, evlilik birliğini temsilen, kira bedelini ödeyip tahliyeye engel olabilir (TMK m. 188).²³¹ Oysa, İsviçre Medeni Kanun'u Art. 266n hükmüne göre, sözleşmenin tarafı haline gelmemiş olsa dahi, kiraya verenin fesih bildirimini ve bu bildirimle ilgili ödeme süresini kiracıya ve eşine ayrı ayrı bildirmesi gerekmektedir.²³²

B. Kiracı Olmayan Eşin Sözleşmeye Taraf Olması

Aile konutunun kira sözleşmesi ile sağlanması halinde sözleşme tarafı olmayan eş²³³ bakımından sağlanan başka bir imkân onun kiraya verene yapacağı bildirimle sözleşmenin tarafı haline gelebilmesidir (TMK m. 194/IV, TBK m. 349/IV).

Sözü edilen maddelerde belirtilen imkândan faydalandığında, bildirimde bulunan eş, kiracı sıfatı taşımaya başlar ve artık sözleşme tarafı haline gelir.

TBK m. 349/IV gereğince, "Kiracı olmayan eşin, kiraya verene bildirimde bulunarak kira sözleşmesinin tarafı sıfatını kazanması halinde kiraya veren, fesih bildirimini ile fesih ihtarına bağlı bir ödeme süresini kiracıya ve eşine ayrı ayrı bildirmek zorundadır." Yine TMK m. 194/IV'e göre "Aile konutu eşlerden biri tarafından kira ile sağlanmışsa, sözleşmenin tarafı olmayan eş, kiralayana yapacağı bildirimle sözleşmenin tarafı halinde gelir ve bildirimde bulunan eş diğeri ile müteselsil sorumlu olur."

Kiracı olmayan eşin kiraya verene yapacağı bildirim, tek taraflı kurucu yenilik doğurucu bir hakkın kullanılması niteliğindedir. Bildirimle kiracı olmayan eş mevcut sözleşmenin koşullarında sözleşmenin tarafı haline gelerek, sözleşmeden doğan tüm haklara sahip olduğu gibi, borçlardan da müteselsilen sorumlu olur.²³⁴

²³¹ Acar, *Aile Konutu Mal Rejimleri Eşin Yasal Miras Payı*, s. 72.

²³² Honsell/ Vogt/ Wiegand, s. 1501; Ceylan, Ebru: İsviçre Borçlar Kanunu'nun Kira Sözleşmesi ile İlgili Hüküm Çevirileri, IBD, Cilt:87, Sayı:4, İstanbul 2013, s. 226; Gümüş, 6089 sayılı Türk Borçlar Kanunu'na göre Kira Sözleşmesi, s. 55.

²³³ Doktrinde sözleşme tarafı olmayan eş için "kullanma yardımcı" ifadesi de kullanılmaktadır. Hatemi/Oğuztürk Kalkan, s. 85.

²³⁴ Kılıçoğlu, *Aile Hukuku*, s. 249; Murat Doğan, *Konut ve Çatılı İşyeri Kira Sözleşmelerinin Sona Ermesi*, 1. Bası, Ankara 2011, s. 65.

III. BOŞANMA SONRASINDA KONUSU AİLE KONUTU OLAN KİRA SÖZLEŞMESİ

A. Türk-İsviçre Hukukundaki Düzenlemeler

Konusu aile konutu olan kira sözleşmesinde gerek kiracı olmayan eşin fesih hakkının kullanımı bakımından rızasına ihtiyaç duyulması gerekse bu eşin sonradan bildirim ile sözleşmeye taraf olabilmesi için öncelikli şart, fesih veya bildirim anında taşınmazın aile konutu niteliğini sürdürüyor olması, diğer bir ifadeyle imkanlardan yararlanacak tarafın, hukuken “eş” statüsünü taşıyor olmasıdır.²³⁵ Hatta, bildirimde bulunurken eşin, “kiracının eşi olduğuna dair” bir açıklama yapması da beklenir. Gerçi, bunu ispat için herhangi bir belge sunmak zorunda değildir, ancak kiraya veren talep ettiği eş olduğunu ispata yarayan belgeleri sağlamalıdır.²³⁶ Hükümlerin uygulanabilmesi için ayrıca, kira sözleşmesinin geçerli şekilde kurulmuş ve devam ediyor olması da gerekir.

Tüm bu nedenlerle, boşanmış olmasına rağmen aynı konutta oturmaya devam etmek isteyen eşin ancak konutun aile konutu vasfını kaybetmeden, evlilik birliği sona ermeden ve kiraya veren sözleşmeyi feshetmeden söz konusu imkândan faydalanması mümkün görünmektedir. Aile konutu niteliği ortadan kalktığı kabul edildiğinden boşanma durumunda, fesih beyanı rızaya tabi olmamakta,²³⁷ kiracı olmayan eşin kiraya verene bildirimde bulunarak sözleşmesinin tarafı olma imkânı ortadan kalkmaktadır.

Yıllarca yaşam sürdürülmüş, duygusal bağ kurulmuş bir konutun boşanma anından itibaren aile konutu niteliğini kaybettiğine ilişkin kabul, burada tek başına veya çocuklarıyla oturmaya devam etmek isteyen taraf için çözümü mümkün olmayan problemlerin doğmasına yol açacaktır. Boşanma kararının kesinleşmesi öncesinde sözleşmenin tarafı haline gelememiş eş, boşanma sonrasında sözleşmenin eşi tarafından feshedilmesine ses çıkaramayacak, sözleşmenin devamını sağlama konusunda hak sahibi olmayacak, haksız zilyet konumuna düşecek²³⁸, haksız işgal tazminatı

²³⁵ Bkz. Yavuz, Acar ve Özen, *Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, s. 651.

²³⁶ Yavuz, Acar ve Özen, *Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, s. 652.

²³⁷ Yavuz, Acar ve Özen, *Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, s. 647; Gümüş, 6089 sayılı *Türk Borçlar Kanunu'na göre Kira Sözleşmesi*, s. 48.

²³⁸ “Kira sözleşmesinin davalının eşi ile davacı arasında yapıldığı, davalının eşinden boşandığı eşinin taşınmazı terk ettiği ve davalının işgalinin haksız olduğu, davanın kabulü gerektiği” gerekçesine yer veren karar: Y. 1. HD., E. 2005/10716, K. 2005/12232, 21.11.2005 (Kazancı veri tabanı).

ödemek zorunda kalacak²³⁹ ve nihayetinde konutu terk etmek zorunda kalacaktır. Oysa kanun koyucu, sözleşmenin boşandığı eşi tarafından feshedilmesi halinde mağdur olan eş ile benzer menfaate sahip olan kiracısı ölen sözleşme konusu konutta oturanları korumak üzere TBK m. 356 hükmünü kaleme almıştır. Hükme göre, kira sözleşmesinde kiracının ölmesi halinde, ölen kiracı ile birlikte aynı konutta oturanlar (eşi ve çocuklar) sözleşmeye ve kanun hükümlerine uydukları sürece, taraf olarak kira sözleşmesini sürdürme imkânına sahiptir.

Uygulamada, Yargıtay,²⁴⁰ İcra İflas Kanunu m. 276/IV'ü uygulayarak boşanma sonrası kiracı sıfatı bulunmayan eşi koruma amacıyla karar vermektedir. İİK m. 276/IV'e göre, "*Borçlunun neseb ve sebepten usul ve furuu, karı veya kocası, ikinci dereceye kadar kan ve sıhri hısımları ve iş ortakları ile borçluya tebaan mecurda oturdukları anlaşılabilir diğer şahıslar, bu madde hükmünün tatbikinde üçüncü şahıs sayılmazlar.*" Oysa, boşanan eşler bu hükmün kapsamında bulunmamakta, boşanma kararının kesinleşmesi ile eşler "karı veya koca" sıfatını kaybetmiş bulunmaktadır.²⁴¹ Bu nedenle, açık bir düzenleme yapılmaya kadar, Yargıtay'ın İİK m. 276/IV'ten ziyade paylaşmalı mal ayrılığı rejimi bakımından geçerli olan TMK m. 254/IV'ü kıyasen edinilmiş mallara katılma rejimine de uygulamak suretiyle boşanan eşi koruma amacına ulaşması

²³⁹ İlk derece mahkemesinin aile konutu haline gelmiş olan taşınmazda kira ilişkisinin devam ettiği gerekçesine dayanarak tazminat talebini reddeden kararını "Kiracı olan dava dışı E. A.'ün boşanma kararından sonra taşınmazı kullanmadığı ve terk ettiği, buna karşın davalının çekişmeli yeri kullanmaya devam ettiği, diğer taraftan karı koca arasındaki çekişmeli taşınmazın aile konutu olarak belirlenmesinin, boşanmadan sonra kayıt maliki olan davacıyı bağlamayacağı tartışmasıdır. O halde, davalının taşınmazı kullanımının haklı ve geçerli bir nedeninin bulunduğu söylenemez. Hal böyle olunca, davacının Türk Medeni Kanunu'nun 683. maddesinden kaynaklanan mülkiyet hakkına değer verilmek suretiyle belirlenecek ecrimisille birlikte davanın kabulüne karar verilmesi gerekirken yanlıgılı değerlendirme ile yazılı olduğu üzere hüküm kurulmuş olması doğru değildir." Gereğesi ile bozan karar: Y. 1. HD., E. 2009/1788, K. 2009/2594, 02.03.2009 (Kazancı veri tabanı).

²⁴⁰ Yarg. HGK. 19.10.2005, 12-652/ 583; Y. 12. HD., E. 2004/21730, K. 2004/26253, 20.12.2004 (Kazancı veri tabanı).

²⁴¹ İnceoğlu, *Kira Hukuku*, s. 328.

mümkündür.²⁴² Ancak, Yargıtay'ın kararlarına bakıldığında TMK m. 254/IV'ün uygulanmasının reddedildiği görülmektedir.²⁴³

İptal ve boşanma halinde aile konutu ve ev eşyasının akıbetine ilişkin TMK m. 254/IV'e göre, eşlerin konutta kira ile oturması halinde hâkim, gerektiğinde konutta kiracı sıfatı taşımayan eşin kalmasına karar verebilmekte, ayrıca kiralayanın sözleşmeden doğan haklarını güvenceye almak için gerekli düzenlemeleri boşanma kararıyla birlikte re'sen yapabilmektedir.

Hükümde, hâkim tarafından verilecek kararın sözleşmede nasıl bir değişiklik gerçekleştireceği; mevcut kiracı yanında konutta kalmasına karar verilen eşin de mi kiracı sıfatıyla yer alacağı, yoksa sözleşmenin bütünüyle bu eşe mi devredileceği, ya da sözleşmede herhangi bir değişiklik yapılmadan sadece kira bedelinin kim tarafından ödeneceği ve konutun kullanım hakkının kimde olacağına mı karar verileceği açık değildir.²⁴⁴ Bununla birlikte, hüküm koruma amacına göre yorumlandığında sözleşmenin tümüyle konuta ihtiyacı olan eşe devredildiğini kabul etmek gerekmektedir.²⁴⁵ Aksi halde, karar, kiracı sıfatını taşımayan eşin, boşandığı eşiyile birlikte sözleşmenin tarafı olması sonucunu doğuracaktır.²⁴⁶

²⁴² İnceoğlu, *Kira Hukuku*, s.328-329; Gökçen Kapusuz, "Mal Rejimleri ve Miras Hukuku'nda Aile Konutu", Sosyal Bilimler Enstitüsü, Özel Hukuk Anabilim Dalı, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul: Marmara Üniversitesi, 2010, s. 72; Ayhan Uçar, "4721 Sayılı Medeni Kanun ile İhdas Edilen Yeni Bir Müessesesi: Aile Konutu Müessesesi", Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, X/1-2 (2006), s. 24; Pelin Kürşat, "Konut ve Çatılı İşyeri Kira Sözleşmesinin Bildirim Yoluyla Sona Erdirilmesi", Sosyal Bilimler Enstitüsü, Özel Hukuk Ana Bilim Dalı, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul: İstanbul Bilgi Üniversitesi, 2017, s. 96; Aksi görüşü savunan yazarlara göre, TMK m. 254/IV'te hakime sadece gerekli düzenlemeleri yapabilme yetkisi verilmiş olup, bu yetki hakimin sözleşmenin taraflarında değişiklik yapabileceği anlamına gelmemekte, hakimin bu yetkiye sahip olabilmesi için, bu durumun mutlaka kanunla düzenlenmiş olması gerekmektedir: bkz. Şıpka, *Türk Medeni Kanunu'nda Aile Konutu ile İlgili İşlemlerde Diğer Eşin Rızası (TMK m. 194)*, s. 101; Murat Doğan, "Mal Rejiminin Tasfiyesinde ve Mirasın Paylaşımında Aile Konutu ve Ev Eşyası", AÜEHFD, VII/3-4 (2003), s. 675.

²⁴³ TMK'nun 254. maddesi uyarınca hüküm kurulmuş olmasının doğru bulmayan, "Somut olayda taraflar arasındaki mal rejimi 4721 sayılı Kanunun yürürlük tarihi öncesinde mal ayrılığı, sonrasında ise edinilmiş mallara katılma rejimi geçerli bulunduğundan mahkemece, paylaşmalı mal ayrılığı rejimine ilişkin hükümlerin uygulanarak karar verilmesi doğru olmamıştır." ifadesine yer veren karar: 8. HD., E. 2013/8297, K. 2014/5096, 24.03.2014 (Kazancı veri tabanı).

²⁴⁴ Görüşler için bkz. Kılıçoğlu, *Aile Hukuku*, s. 485; H. Burhan Hayran, *Mal Rejimleri Şerhi*, Ankara: Adil Yayınevi, 2004, s. 475; Ali İhsan Özüğür, *Mal Rejimleri*. 5. Baskı, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2008, s. 154; Şıpka, *Türk Medeni Kanunu'nda Aile Konutu ile İlgili İşlemlerde Diğer Eşin Rızası (TMK m. 194)*, s. 96.

²⁴⁵ Aynı yönde Doğan, "Mal Rejiminin Tasfiyesinde ve Mirasın Paylaşımında Aile Konutu ve Ev Eşyası", s. 676, dpn. 81.

²⁴⁶ Eleştirilen bu hüküm için bkz. Kılıçoğlu, *Aile Hukuku*, s. 249.

Kiraya verenin, rızasının alınmadığı bu değişiklikten zarar görmemesi için hâkimin sözleşmede meydana gelecek taraf değişikliğini kiralayana bildirme ve kiraya verenin haklarını teminat altına almak amacıyla gerekli görürse güvence vermesine karar verebilmesi de mümkündür (TMK m. 254/IV). Hüküm, boşanma halinde kiracı olmayan eşin sözleşmeye taraf olmasını mahkeme kararıyla sağlaması bakımından İsviçre Medeni Kanun'u ZGB Art. 121 hükmüne benzemektedir. Evlilik devam ederken eşlerden birinin bildirim yoluyla sözleşme tarafı haline gelmesine ilişkin hükme yer vermeyen İsviçre Medeni Kanunu'nda boşanma sonrası koruyucu bir hükme yer verilmiş, sözleşme tarafı olmayan eşin mahkeme kararıyla kira sözleşmesini bütünüyle üstlenebilmesine imkân tanınmıştır (ZGB 121). İsviçre Medeni Kanunu'nda yapılan değişikliklerin ürünlerinden biri olan ZGB Art. 121 düzenlemesi, Türk Medeni Kanunu'nun taslak çalışmaları tamamlandığı için Kanunumuza dahil edilememiştir.²⁴⁷

ZGB Art. 121/I'e göre; *"Eşlerden birinin çocuklar ya da başka zorlayıcı (önemli) nedenlerle aile konutunda kalması gerekiyorsa, mahkeme, diğer eş için hakkaniyete aykırı sonuçlar doğurmaması koşuluyla, kira sözleşmesi kapsamındaki hak ve yükümlülükleri bu eşe devredebilir."*

Hatta ilgili hükme göre, kiracı olan eş devre rağmen belli bir süre daha kira bedelinden devralan taraf ile birlikte müteselsilen sorumlu olmaya devam etmektedir:

"Bu tarihe kadar kiracı olan eş, kira sözleşmesinin sözleşme veya kanundan doğan nedenlerle sona erdiği ya da sona erdirilebileceği tarihe kadar, ancak en fazla iki yıllık bir süre için kira bedelini ödemekle müteselsilen sorumludur; kira bedelini ödeyen eş, aylık kira bedeline eşit taksitler halinde ödenen tutarı diğer eşe borçlu olduğu nafaka ödemelerinden mahsup etme hakkına sahiptir." (ZGB m. 121/II).

İsviçre Medeni Kanunu'nda yer alan bu hükme göre, kiracı olmayan eş belki tam da en fazla ihtiyacı olduğu zamanda yani boşanma sonrasında aile konutunda kalma imkânı sağlanmaktadır. Hâkim takdir hakkını kullanırken özellikle çocukların menfaatini dikkate almakta, genellikle çocukların velayetinin bırakıldığı kişinin aile konutundan faydalanması yönünde karar vermektedir.²⁴⁸

²⁴⁷ Kılıçoğlu, *Aile Hukuku*, s. 233.

²⁴⁸ Andrea Büchler, *Sheidung, FamKomm – Band I: ZGB / Art. 121*, 4. Auflage, Bern: Stämpfli, 2022, Rn.9.

Kiracı olmayan eş, bildirim ile değil, fakat mahkemenin kararıyla sözleşmenin tarafı haline gelmekte, karar öncesine kadar kiracı sıfatını taşıyan eş, bu sıfatını kaybetmektedir. Diğer bir ifadeyle, bizdeki gibi aynı anda her iki eşin kiracı sıfatını taşıması gündeme gelmemektedir.²⁴⁹ Böylece, ZGB Art. 121'de mahkeme kararıyla TBK m. 323'te hükme bağlanmış kira sözleşmesinin devri düzenlemesine benzer şekilde, "sözleşmenin devri" düzenlenmiştir. Ancak burada devir, taraf iradelerinden bağımsız olarak mahkeme kararı ile gerçekleşmekte, ne kiracının ne de kiraya verenin rızası aranmaktadır. Kiraya verenin iradesinden bağımsız olarak gerçekleşen bu devrin başta gelen gerekçelerinden biri olarak kiracının ölümü halinde mirasçılardan kiracının yasal konumunu üstlenebilmesine imkân veren OR Art. 266i düzenlemesi gösterilmektedir. Ayrıca, yeni kiracının zaten konutta oturmakta olduğu ve aile konutunda kiracı olan eşin diğerinin rızası olmadan kira sözleşmesini feshedemeyeceğine ilişkin düzenleme de kiraya verenin rızasının alınmamasını haklı göstermektedir.²⁵⁰

Bununla birlikte, devir nedeniyle kiraya verenin menfaatini korumak amacıyla²⁵¹ iki yıl boyunca eski kiracı eşin müteselsilen sorumlu olmaya devam edeceği kabul edilmiştir.²⁵² Eski kiracının sorumluluğu sadece kiraya verene karşı olup, boşanan eşler arasında sözleşmeye dayalı bir talep hakkı bulunmamaktadır.²⁵³ Ancak, kiraya verenin kendisinden katlanması beklenemeyecek derecede önemli nedenlerin ortaya çıkması halinde kira sözleşmesini feshedebileceği de kabul edilmektedir (OR Art. 257d, 257f, ve 266g).²⁵⁴

Hukukumuzda paylaşımlı mal ayrılığı rejiminde boşanma halinde geçerli olan TMK m. 254 hükmüne benzemesine ve kiracılık sıfatının mahkeme hükmüyle elde edilmesine rağmen, ZGB Art. 121'de açıkça sözleşmenin devrinden bahsedilmesi önemli bir fark olarak ortaya çıkmaktadır.

²⁴⁹ Büchler, *Sheidung, FamKomm – Band I: ZGB / Art. 121*, Rn. 10.

²⁵⁰ Büchler, *Sheidung, FamKomm – Band I: ZGB / Art. 121*, Rn. 13.

²⁵¹ Muzaffer Şeker, "İsviçre Hukukunda Aile Konutunun Boşanma Halinde Aile Konutuna İhtiyacı Olan Eşe Mahkeme Kararı ile Tahsis Edilmesi: Art. 121 ZGB", EÜHFD, XI/3-4 (2007), s. 481.

²⁵² TBK m. 323 hükmünden farklı olarak burada sözleşmenin devri için kiraya verenin ya da kiracının irade açıklamasına ihtiyaç duyulmamakta devir hâkim kararıyla gerçekleşmektedir.

²⁵³ Vger ZH, 21 Mayıs 2015, VB.2015.00044, Erwägung 3.3; Büchler, *Sheidung, FamKomm – Band I: ZGB / Art. 121*, Rn. 103.

²⁵⁴ Şeker, "İsviçre Hukukunda Aile Konutunun Boşanma Halinde Aile Konutuna İhtiyacı Olan Eşe Mahkeme Kararı ile Tahsis Edilmesi: Art. 121 ZGB", s. 481.

B. Alman Hukukundaki Düzenlemeler

1. Genel Olarak

Hukukumuzdan farklı olarak Alman hukukunda, kira sözleşmesi ile sağlanan aile konutu, boşanma sonrasında da önem taşımaya devam etmekte, İsviçre Medeni Kanunu'nda olduğu gibi Alman Medeni Kanunu'nda da aile konutu boşanmanın sonuçları arasında özel olarak düzenlenmektedir. Kanunun § 1568a (3) gereğince,

“Konutun tahsis edildiği eş, evlilik konutunu tahsis etmekle yükümlü olan eşin girdiği kira ilişkisine onun yerine katılır,

1. Eşlerin konutun tahsis edildiğine ilişkin bildirimının ev sahibi tarafından alındığı tarihte veya

2. Konut tahsisine ilişkin mahkeme kararının kesinleşmesi üzerine

veya eşlerin her ikisi tarafından akdedilen bir kira ilişkisini tek başına sürdürür. Bu halde, § 563 (4) uygulanır.”

Hükme göre, konutun kendisine tahsis edildiği eş, aile konutunu kullanıma sunmakla yükümlü eşin girdiği kira ilişkisine, ya eşlerin konutun kullanıma sunulduğuna ilişkin bildirimının ev sahibi tarafından alındığı tarihte ya da konut tahsisine ilişkin mahkeme kararının kesinleşmesi üzerine, kiracı sıfatını taşıyan eş yerine katılır veya eşlerin her ikisi tarafından akdedilen kira ilişkisini tek başına sürdürür.

Aile konutu sağlamak üzere kurulan kira sözleşmesinin tarafı başlangıçta sadece eşlerden biri olabileceği gibi her iki eş de olabilir. Hükümün uygulanması bakımından bir fark bulunmamaktadır.

Düzenlemeye göre, sözleşmenin devri iki şekilde gerçekleşebilmektedir. Bunlardan ilki kiracı sıfatını taşıdığı sözleşmeyi eşinin kullanımına sunmakla yükümlü kılınan kiracı eşin ve konutun tahsis edileceği eşin kiraya verene bildirimini; diğeri ise doğrudan mahkemenin verdiği konut tahsis kararının kesinleşmesidir.

a. Kiraya Verene Bildirim Yolu ile Sözleşmeye Taraf Olma

Alman Medeni Kanun'u § 1568a (3) hükmünün 1. bendi gereğince, eşler boşanma davasındaki kararın kesinleştiği tarihten itibaren hangi eşin evlilik konutunda oturacağını karşılıklı olarak kararlaştırabilirler. Diğer bir ifadeyle, eşlerin hangisinin daireye daha bağımlı olduğunu veya dairede kalması

gerektiğini bir mahkeme kararı olmaksızın kendilerinin belirleyip kiraya verene bildirmesi mümkündür.²⁵⁵

Eşlerin zaten her zaman kira sözleşmesi ile sağlanmış olan aile konutunun tahsisi konusunda anlaşabileceği, bu nedenle hükmün kaleme alınmasına gerek olmadığı düşünülebilir. Ancak, eşlerin anlaşması kiraya veren rıza göstermedikçe herhangi bir hukuki sonuç doğurmayacaktır. Alman kanun koyucusu, emredici nitelikteki bu düzenlemeyle eşlerin anlaşması ön şartına bağlı olarak kanundan dolayı sözleşme tarafında değişiklik yapılabilmesine olanak tanımaktadır. Buna göre, örneğin, boşanma davası sürerken, eşler aile konutunda boşanma sonrası hangisinin yaşamaya devam edeceği konusunda karar verebilir ve bu kararın kiraya verenin irade beyanıyla tamamlanmasına ihtiyaç duymadan, hatta rızası hilafına, ancak ona bildirme şartıyla hüküm doğurmasını sağlayabilirler. Hükümde yer alan "Eşlerden biri, boşanma vesilesiyle diğer eşin evlilik konutunu kendisine bırakmasını talep edebilir..." ifadesi aynı zamanda konuta ihtiyacı olan eş için bir hak talebinin de dayanağını oluşturduğuna da dikkat çekmek gerekir.²⁵⁶

Kiraya verene yapılacak bildirim, aile konutunun kiracı sıfatı taşımayan eşe tahsis edilmesi için önkoşuldur. Ancak, bu eşin kiracılık sıfatını bildirim anında kazanıp kazanamayacağı Alman doktrininde tartışmalıdır. Bir görüşe göre, bildirim kiraya veren tarafından alınması anında,²⁵⁷ diğer görüş uyarınca²⁵⁸ bildirim yapılmış olmasına rağmen en erken boşanma kararının kesinleşmesiyle sözleşme tarafı değişmektedir. Şunu da belirtmekte fayda vardır; ikinci görüş sadece kiracı sıfatının değişmesi anı bakımından boşanma kararının kesinleşmesi gerektiğini savunmaktadır. Yoksa, görüş taraftarlarına göre sözleşmede taraf sıfatının değişmesi için hâkim kararına ihtiyaç bulunmamaktadır. Mahkemenin vereceği karar üzerine taraf değişikliği hükmün 2. bendinde ele alınmıştır. Üçüncü bir görüş, boşanma kararının kesinleşmesi şartıyla, bildirim anından itibaren aile konutunun tahsis edildiği eşin kiracı sıfatını kazanmış olduğudur.²⁵⁹

²⁵⁵ Beate Gsell, Wolfgang Krüger, Stephan Lorenz und Christoph Reymann, *Grosskommentar zum Zivilrecht, BeckOGK/Erbarth, BGB § 1568a*, München: C.H.BECK, 2020, Rn. 92.

²⁵⁶ Schulz und Hauß, *Vermögensauseinandersetzung bei Trennung und Scheidung*, Rn. 109-110.

²⁵⁷ Gsell, Krüger, Lorenz und Reymann, *Grosskommentar zum Zivilrecht*, Rn. 96.

²⁵⁸ OLG Hamm NZFam 2015, 185; Marina Wellenhofer, *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, BGB § 1568a Ehemwohnung*, 9. Auflage, München: C.H.BECK, 2022, Rn. 36.

²⁵⁹ BT-Drs. 16/10 798 S. 34; Schulz und Hauß, *Vermögensauseinandersetzung bei Trennung und Scheidung*, Rn. 111-112.

Bildirim her iki eş tarafından yapılmış olması gerekir. Aynı ayrı bildirim yapılmış olması halinde, son bildirim yapıldığı tarih esas alınır.²⁶⁰ Bildirim, doğurduğu önemli hukuki sonuçlara rağmen, özel bir şekle tabi tutulmamıştır. Ancak, kira sözleşmesindeki taraf değişikliği, bildirim alınmasına bağlı olduğundan bir anlaşmazlık durumunda kanıtlanabilmesi için noter vasıtasıyla bildirim yapılması uygun olacaktır.²⁶¹

Kiraya verene yapılacak bildirim içerik açısından açık olması gerekir. Özellikle, konuta ilişkin sözleşmenin devredildiği ve gelecekte hangi eşin konutu kullanmaya yetkili olduğu açıkça ifade edilmelidir.²⁶²

Son olarak, bildirim alındığı tarihte halihazırda kira sözleşmesinin devam ediyor olması da gerekir.²⁶³ Ancak, kiraya veren, mevcut kiracı olan eş ve devralacak eş arasında yapılacak üçlü bir anlaşmanın varlığı halinde artık genel hükümlere göre yapılan bir “sözleşmenin devri”nden bahsedileceğinden § 1568a (1) BGB'nin koruma alanından çıkılacağı kabul edilmektedir.²⁶⁴

b. Hâkim Kararı ile Sözleşmeye Taraf Olma

Alman Medeni Kanun'u § 1568a'nın ilk bendi eşlerin boşanma sonrasında aile konutunda kimin oturacağına ilişkin karar vermesi halinde uygulanır. Aksi halde, hâkimin ikinci bende göre karar vermesi gerekir. Hâkim eşlerden birinin aile konutuna ilişkin kiracılık sıfatını diğerine devretmesine karar verirse, konutu devralma hakkına sahip olan eş, konutun tek kiracısı olur; konutu devretmekle yükümlü olan eş, başka bir mahkeme kararı olmaksızın sözleşmenin tarafı olarak kira sözleşmesinden ayrılır.

Tüm bu süreçte kiraya verenin rızasına ihtiyaç duyulmaz. Kanun koyucu, bu düzenlemesiyle kiraya verenin menfaatinden ziyade sözleşmeye taraf olan eşin boşandıktan sonra bile diğer eşe ve özellikle çocuklarına özen

²⁶⁰ Marina Wellenhofer, *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, BGB § 1568a *Ehewohnung*, Rn. 37; Schulz und Hausf, *Vermögensauseinandersetzung bei Trennung und Scheidung*, Rn. 112.

²⁶¹ Gsell, Krüger, Lorenz und Reymann, *Grosskommentar zum Zivilrecht*, Rn. 96; OLG Hamm NJW-RR 2016, 644; Marina Wellenhofer, *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, BGB § 1568a *Ehewohnung*, Rn. 38.

²⁶² Kiraya verene ayrıca boşanma kararının kesinleştiği tarihin de bildirim gerekli görülmektedir. Marina Wellenhofer, *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, BGB § 1568a *Ehewohnung*, Rn. 36.

²⁶³ OLG Hamburg NJW-RR 2021; Marina Wellenhofer, *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, BGB § 1568a *Ehewohnung*, Rn. 37.

²⁶⁴ Gsell, Krüger, Lorenz und Reymann, *Grosskommentar zum Zivilrecht*, Rn. 93.

gösterme yükümlülüğünü dikkate alarak aile konutu üzerinde eş ve çocukların menfaatine üstünlük tanımış görünmektedir.²⁶⁵

Bununla birlikte, kiraya verene de kiracının değişmesine bağlı olarak, haberdar olduktan sonraki bir ay içinde bildirimle sözleşmeyi BGB § 563 (4)'e göre haklı nedenle feshetme hakkı tanınmak suretiyle, menfaat dengesi sağlanmaya çalışılmıştır.²⁶⁶ Kiraya verenin, sözleşmenin yeni kiracının ilişkiyi davranışları ile çekilmez kılması veya bunun beklenebilir olması, konuta zarar verilmesi ya da ödeme güçlüğü gibi haklı nedenlerin olması halinde de (bu arada kiracı eşin alacaklısı olduğu nafaka talepleri dikkate alınır) sözleşmeyi feshedebilmesi de mümkündür.

2. Düzenlemenin Hukuki Sonuçları

Alman Medeni Kanun'u § 1568a (3) hükmünde aranan şartlar gerçekleştiğinde, boşanma sonrası aile konutundan faydalanma hakkı doğan eş, "halefiyet" yoluyla dairenin tek kiracısı olur; diğer bir ifadeyle eşin kiracılık hakkı kanundan doğan özel bir halefiyetin sonucudur.²⁶⁷

Öncelikle, her iki ihtimalde de kiracı sıfatını boşandığı eşine bırakacak tarafın konutun "zilyetliğini devretmesi" gerekmektedir. Çoğu zaman eşin kiracı olduğu konuttan taşınması yeterlidir.²⁶⁸ Diğer bir deyişle, konutun mutlaka teslim yoluyla devredilmesi gerekmez, zilyetliğin devrine ilişkin diğer yollarla da devir gerçekleştirilebilir ve bu halefiyet için aranan "devir" şartını karşılar.²⁶⁹

Aile konutu ile ilgili kararı veren mahkemenin bu kararın uygulanmasına yönelik; örneğin konutu terk etmesi gereken eş halen taşınmadıysa, konutun tahliyesi yükümlülüğü ve tahliye için son tarih belirlemenin yanı sıra kişisel eşyaların taşınması, eve girme yasağı ve anahtarların teslim edilmesi gibi, tedbirleri de alması gerekmektedir.²⁷⁰

²⁶⁵ Marina Wellenhofer, *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, BGB § 1568a Ehwohnung, Rn. 40.

²⁶⁶ Gsell, Krüger, Lorenz und Reymann, *Grosskommentar zum Zivilrecht*, Rn. 118-119; Schulz und Hauß, *Vermögensauseinandersetzung bei Trennung und Scheidung*, Rn. 111.

²⁶⁷ Gsell, Krüger, Lorenz und Reymann, *Grosskommentar zum Zivilrecht*, Rn. 84.

²⁶⁸ Marina Wellenhofer, *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, BGB § 1568a Ehwohnung, Rn. 32; Staudinger und Weinreich, *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch: Staudinger BGB - Buch 4: Familienrecht: §§ 1564-1568*, 2018, Rn. 53.

²⁶⁹ Gsell, Krüger, Lorenz und Reymann, *Grosskommentar zum Zivilrecht*, Rn. 95.

²⁷⁰ Schulz und Hauß, *Vermögensauseinandersetzung bei Trennung und Scheidung*, Rn. 120.

Kanundan dolayı halefiyet gerçekleştiğinde, sözleşme, kişi değişikliği dışında tüm hükümleriyle devam eder.²⁷¹ Dolayısıyla, kira bedeli, sözleşme süresi, tarafların sahip olduğu haklar ve yükümlülükler ve ihbar süreleri etkilenmez.

Kiracılık sıfatını eşine bırakmakla yükümlü kılınan eş, sözleşmenin tarafı olduğu süre boyunca sözleşmeden doğan borçlardan sorumludur. Diğer eş ise, sadece sözleşmeye girdiği andan itibaren sorumlu olur.²⁷² Alman Kanun koyucusu, kiraya verene fesih hakkı vererek menfaatini yeterince korumuş olduğunu düşünmüş olmalı ki, kira sözleşmesinden ayrılan eş için İsviçre Medeni Kanunu'ndaki düzenlemenin aksine ayrıca müteselsil sorumluluk öngörmemiştir. Bununla birlikte, sözleşmeden ayrılan eşin geçici süre ile müteselsilen sorumlu olmaya devam edeceği taraflar arasında kararlaştırılması mümkündür.

Daha önce ödenmiş depozito, sözleşmedeki taraf değişikliğinden bağımsız olarak kiraya verende kalır, çünkü kişi değişikliği haricinde kira sözleşmesi değişmeden devam eder.²⁷³ Ayrıca, ödemelerde gecikilmesi halinde kiraya verenin depozitoya el koyma hakkının varlığına da işaret etmek gerekir.²⁷⁴

Son olarak, boşanma davasının kesinleşmesinden itibaren bir yılın sonunda boşanmanın fer'ileri bakımından olduğu gibi aile konuta ilişkin halefiyet imkânı sona ermektedir.²⁷⁵

SONUÇ

Türk Medeni Kanunu'nun 194. maddesinde, aile konutunun kira sözleşmesi ile sağlanması halinde kiracı sıfatını taşımayan eşin rızası alınmaksızın sözleşmenin feshedilemeyeceği, bu eşin kiraya verene yapacağı bildirimle sözleşmenin tarafı hâline gelebileceği hükme bağlanarak, eşlerin konutla ilgili birlikte karar almasına yönelik önemli düzenlemeler yapılmıştır (TMK m. 194/III). Türk Borçlar Kanunu'nda da TMK m. 194 ile uyumlu olacak şekilde, sözleşmenin kiracı olmayan eşin açık rızası olmadan

²⁷¹ BGH NJW 2003, 3266.

²⁷² Gsell, Krüger, Lorenz und Reymann, *Grosskommentar zum Zivilrecht*, Rn. 125-126.

²⁷³ Gsell, Krüger, Lorenz und Reymann, *Grosskommentar zum Zivilrecht*, Rn. 127; Kira sözleşmesinin sona erdiğinde depozito ödeyen kişi tarafından geri alınabilir. Marina Wellenhofer, *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, BGB § 1568a *Ehewohnung*, Rn. 41.

²⁷⁴ Marina Wellenhofer, *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, BGB § 1568a *Ehewohnung*, Rn. 42.

²⁷⁵ Gsell, Krüger, Lorenz und Reymann, *Grosskommentar zum Zivilrecht*, Rn. 127-128.

feshedilemeyeceği ve dilerse bu eşin bildirimle sözleşmenin tarafı olabileceği yinelenmiştir (TBK m. 349).

Ancak, sözü edilen düzenlemeler, aile konutunun eşlerin boşanması sonrasında niteliğini kaybetmesine bağlı olarak işlevini kaybetmekte, kira sözleşmesinin devamında yararı olan, konuta ihtiyacı olan eş korumasız kalmaktadır. Oysa aile konutu, eşler bakımından evlilik birliği ortadan kalktığında çözülmesi gereken, evlilik birliğinde öngörülen dayanışma fikrine dayanan nafaka ve tazminat kadar önem taşıyan bir konudur. Kanunumuzda bu konuda herhangi bir hüküm bulunmaması, doktrinde kıyasen TMK 254'ün uygulanmasının önerilmesine; Yargı kararlarında ise mağduriyetin giderilmesi için İİK m. 276/IV'ün uygulanmasına neden olmuştur. Ancak tüm bu çabalar, kira sözleşmesi ile sağlanan aile konutunun boşanma sonrası tahsisi ihtiyacını karşılamakta yeterli olamamıştır.

Boşanma sonrası hesaba katılmadan yapılan aile konutuna ilişkin düzenlemeler ve ortaya çıkan kanun boşluğunun, yeni bir kanuni düzenleme ile bir an evvel doldurulması, kaleme alınacak yeni hükümde İsviçre Medeni Kanun'u veya Alman Medeni Kanunu düzenlemelerinin dikkate alınması önerilebilir.

İsviçre Medeni Kanun'u ZGB Art. 121 hükmüne göre, kira sözleşmesinin tarafı olmayan eş mahkeme kararıyla kira sözleşmesini bütünüyle üstlenebilmekte, halihazırda kiracı olan eş de devre rağmen belli bir süre daha kira bedelinden devralan taraf ile birlikte müteselsilen sorumlu olmaya devam etmektedir. Sözleşmenin devri, taraf iradelerinden bağımsız olarak mahkeme kararı ile gerçekleşmekte, sözleşme taraflarının rızası aranmamaktadır.

Alman Medeni Kanun'u § 1568a (3) hükmüne göre de, kira sözleşmesinde, "eşlerin kiraya verene birlikte bildirimde bulunması" veya "doğrudan mahkemenin verdiği konut tahsis kararının kesinleşmesi" şeklinde iki farklı yöntemle sözleşme devredilebilmektedir. Hükümde aranan şartlar gerçekleştiğinde, boşanma sonrası aile konutundan faydalanma hakkı doğan eş, "halefiyet" yoluyla dairenin tek kiracısı olmakta, diğer bir ifadeyle eşin kiracılık hakkı kanundan doğan özel bir halefiyetin sonucu olarak ortaya çıkmaktadır. Buna göre, sözleşme, kişi değişikliği dışında tüm hükümleriyle devam etmekte; kira bedeli, sözleşme süresi, tarafların sahip olduğu haklar ve yükümlülükler etkilenmemektedir. Alman hukuku düzenlemesinde, kira sözleşmesinden ayrılan eş için İsviçre Medeni Kanunu'ndaki düzenlemenin aksine ayrıca müteselsil sorumluluk öngörülmemiştir. Bununla birlikte, kiraya verene, halefiyetten haberdar

olmasından itibaren bir ay içinde kullanabileceği fesih hakkı tanınmış bulunmaktadır.

KAYNAKÇA

- Acar, Faruk. *Aile Konutu Mal Rejimleri Eşin Yasal Miras Payı*. 3. Baskı, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2012.
- Ayan, Serkan. *Evlilik Birliğinin Korunması*. Ankara: Türkiye Barolar Birliği, 2004.
- Aydoğdu, Murat ve Nalan Kahveci. *Türk Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri*. 3. Bası, Ankara: Adalet Yayınları, 2017.
- Badur, Emel. "Eşin Rızası". *TBB Dergisi*, 109 (2013): (s. 251-303).
- Barlas, Nami. "Yeni Türk Medeni Kanunu Hükümleri Çerçevesinde Eşler Arası Hukuki İşlem Özgürlüğü ve Sınırları". Prof. Dr. Necip Kocayusufpaşaoğlu için Armağan, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2004.
- Büchler Andrea. *Sheidung, FamKomm – Band I: ZGB / Art. 121*. 4. Auflage, Bern: Stämpfli, 2022.
- Ceylan, Ebru. "İsviçre Borçlar Kanunu'nun Kira Sözleşmesi ile İlgili Hüküm Çevirileri". *İstanbul Barosu Dergisi*, 87/4 (2013): (s.215-242).
- Cumalı, Gamze. "Aile Konutu ve Kira İlişkileri", *Sosyal Bilimler Enstitüsü, Özel Hukuk Ana Bilim Dalı, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi*. İstanbul: Marmara Üniversitesi, 2012.
- Doğan, Murat. *Konut ve Çatılı İşyeri Kira Sözleşmelerinin Sona Ermesi*. 1. Bası, Ankara 2011.
- Doğan, Murat. "Mal Rejiminin Tasfiyesinde ve Mirasın Paylaşımında Aile Konutu ve Ev Eşyası". *AÜEHFD*, VII/3-4 (2003): (s. 651-695).
- Dural, Mustafa, Tufan Öğüz ve Mustafa Alper Gümüş. *Türk Özel Hukuku, C. III, Aile Hukuku*. İstanbul: Filiz Kitabevi, 2021.
- Erdem, Mehmet. *Aile Hukuk*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2018.
- Gökayla, Emre. "Konut ve Çatılı İşyeri Kiralarına İlişkin Hükümlerin Uygulama Alanı". *Yaşar Üniversitesi Elektronik Dergisi*, 8/Özel Sayı (2013): (s. 1203-1251).
- Gsell, Beate, Wolfgang Krüger, Stephan Lorenz und Christoph Reymann. *Grosskommentar zum Zivilrecht, BeckOGK/Erbarth, BGB § 1568a*. München: C.H.BECK, 2020, Rn. 0-206.
- Gümüş, Mustafa Alper. *6089 sayılı Türk Borçlar Kanunu'na göre Kira Sözleşmesi*. 2. Bası, İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2012.
- Gümüş, Mustafa Alper. *Türk Medeni Kanununun Getirdiği Yeni Şerhler*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2003.
- Hatemi, Hüseyin ve Burcu Oğuztürk Kalkan. *Aile Hukuku*. 6. Bası, İstanbul: Oniki Levha Yayıncılık, 2018.
- Havutçu, Ayşe. "Evlilik Kadının Yerleşim Yeri", *DEUHF*, 7/1 (2005): (s. 29-50).
- Hayran, H. Burhan. *Mal Rejimleri Şerhi*, Ankara: Adil Yayınevi, 2004.
- Honsell, Heinrich, Nedim Peter Vogt und Wolfgang Wiegand. *Basler Kommentar, Obligationenrecht I, Art. 1-529 OR*, 6. Auflage, Basel: Helbing Lichtenhahn, 2018.
- İnceoğlu, M. Murat. *Kira Hukuku*. Cilt 2, 1. Bası, İstanbul: Oniki Levha Yayıncılık, 2014.
- Kapusuz, Gökçen. "Mal Rejimleri ve Miras Hukuku'nda Aile Konutu", *Sosyal Bilimler Enstitüsü, Özel Hukuk Anabilim Dalı, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi*. İstanbul: Marmara Üniversitesi, 2010.

- Kılıçoğlu, M. Ahmet. *Aile Hukuku*. Ankara: Turhan Kitabevi, 2015.
- Kılıçoğlu, M. Ahmet. *Türk Medeni Kanunu'nda Diğer Eşin Rızasına Bağlı Hukuksal İşlemler ve Yasal Alım Hakkı*. Ankara: Turhan Kitabevi, 2002.
- Kürşat, Pelin. "Konut ve Çatılı İşyeri Kira Sözleşmesinin Bildirim Yoluyla Sona Erdirilmesi", *Sosyal Bilimler Enstitüsü, Özel Hukuk Ana Bilim Dalı, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi*. İstanbul: İstanbul Bilgi Üniversitesi, 2017.
- Öztaş, Bilge. *Aile Hukuku*, 6. Bası, Ankara: Turhan Kitabevi, 2015.
- Özğür, Ali İhsan. *Mal Rejimleri*. 5. Baskı, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2008.
- Schlumpf, Michael und Christian Fraefel. *Personen- und Familienrecht Art. 1-456 ZGB – Partnerschaftsgesetz*. 4. Auflage, Zürich: Schulthess, 2023.
- Schulz, Werner und Jörn Hauß. *Vermögensauseinandersetzung bei Trennung und Scheidung*. 7. Auflage, München: C.H.BECK, 2022.
- Schwenzer, Ingeborg. *Fam Kommentar Scheidung*. Bern: Schulthess, 2005, Art. 125-132.
- Sirmen, A. Lâle. *Eşya Hukuku*. 10. Baskı Ankara: Yetkin Yayınları, 2022.
- Staudinger, Julius und Gerd Weinreich. *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch: Staudinger BGB - Buch 4: Familienrecht: §§ 1564-1568*. Berlin: De Gruyter, 2018.
- Şeker, Muzaffer. "İsviçre Hukukunda Aile Konutunun Boşanma Halinde Aile Konutuna İhtiyacı Olan Eşe Mahkeme Kararı ile Tahsis Edilmesi: Art. 121 ZGB". *EÜHFD*, XI/3-4 (2007): (s. 473-487).
- Şipka, Şükran. *Türk Medeni Kanunu'nda Aile Konutu ile İlgili İşlemlerde Diğer Eşin Rızası (TMK m. 194)*. 2. Bası, İstanbul: Beta Basım Yayın, 2004.
- Uçar, Ayhan. "4721 Sayılı Medeni Kanun ile İhdas Edilen Yeni Bir Müessesesi: Aile Konutu Müessesesi". *Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, X/1-2 (2006): (s. 395-442).
- Yavuz, Cevdet, Faruk Acar ve Burak Özen. *Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler*. 10. Baskı, İstanbul: Beta Yayınları, 2014.
- Wellenhofer, Marina. *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, BGB § 1568a Ehewohnung*. 9. Auflage, München: C.H.BECK, 2022.

FEDAKÂRLIĞIN DENKLEŞTİRİLMESİ İLKESİNE DAYANAN SORUMLULUĞUN MEDENİ HUKUK ÇERÇEVESİNDEKİ GÖRÜNÜMÜ

Dr. Öğr. Üyesi Seda KARA KILIÇARSLAN

Kırıkkale Üniversitesi Hukuk Fakültesi,
Medeni Hukuk Anabilim Dalı

ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-7814-371X>,
sedakarakilicarslan@kku.edu.tr

Geliş Tarihi | Received: 18.11.2023

Kabul Tarihi | Accepted: 31.12.2023

İntihal: Bu makale, en az iki hakem tarafından incelendi ve intihal içermediği teyit edildi.

Plagiarism: This article has been reviewed by at least two referees and scanned via a plagiarism software.



Bu eser Creative Commons Atıf-GayriTicari 4.0 Uluslararası Lisansı ile lisanslanmıştır

Atıf | Citation:

Kara Kılıçarslan, Seda. "Fedakârlığın Denkleştirilmesi İlkesine Dayanan Sorumluluğun Medeni Hukuk Çerçevesindeki Görünümü". MHD. 1/1 (2024), s.96-122.

Yazar Beyanı

Mali Destek: Yazar, bu çalışmanın araştırılması, yazarlığı veya yayınlanması için herhangi bir finansal destek almamıştır.

Yazarların Katkıları: Bu makale yazar tarafından tek başına hazırlanmıştır.

Çıkar Çatışması/Ortak Çıkar Beyanı: Yazar tarafından herhangi bir çıkar çatışması veya ortak çıkar beyan edilmemiştir.

Etik Kurul Onayı Beyanı: Çalışmanın herhangi bir etik kurul onayı veya özel bir izne ihtiyacı yoktur.

Araştırma ve Yayın Etiği Bildirgesi: Yazar, makalenin tüm süreçlerinde MHD'nin bilimsel, etik ve alıntı kurallarına uyduğunu ve verilerde herhangi bir tahrifat yapmadığını, karşılaşılabilecek tüm etik ihlallerde MHD'nin ve editör kurulunun hiçbir sorumluluğunun olmadığını ve bu çalışmanın MHD'den başka hiçbir akademik yayın ortamında değerlendirilmediğini beyan etmektedir.

Author's Declaration

Financial Support The author, has not received any financial support for the research, authorship, or publication of this study.

Authors' Contributions This article was prepared by the author alone.

The Declaration of Conflict of Interest/Common Interest No conflict of interest or common interest has been declared by the author.

The Declaration of Ethics Committee Approval The study doesn't need any ethics committee approval or any special permission.

The Declaration of Research and Publication Ethics The author declares that she complies with the scientific, ethical, and quotation rules of MHD in all processes of the paper and that she doesnot make any falsification of the data collected. In addition, she declares that Civil Law Review and its editorial board have noresponsibility for any ethical violations that may be encountered, and that this study has not been evaluated or published in any academicpublication environment other than Civil Law Review.

FEDAKÂRLIĞIN DENKLEŞTİRİLMESİ İLKESİNE DAYANAN SORUMLULUĞUN MEDENİ HUKUK ÇERÇEVESİNDEKİ GÖRÜNÜMÜ

Öz

Çalışma konusu “Fedakârlığın Denkleştirilmesi İlkesine” dayanan sorumluluk halleriyle sınırlıdır. Kural olarak hukuk düzeni kişiler arasındaki davranışları, ancak birbirini zarara uğrattığı takdirde sınırlandırmıştır. Aksi takdirde irade özerkliği çerçevesinde sınırlamadan değil, serbesiyetten bahsedilir. Bazı durumlarda ise hukuki sonuç bağlanan bu davranışlarda hukuka aykırılık olmasa dahi, zarar olduğu için sorumluluğun gündeme gelmesi muhtemeldir. Kişiler arasında bir tarafın diğerine göre menfaatinin zedelendiği durumlarda, bu menfaat ihlali durumuna katlanan lehine “Fedakârlığın Denkleştirilmesi İlkesi” gereğince zarar denkleştirilir. Böylece temelinde hukuka uygun bir davranışa rağmen gerçekleşen zarar zarar gören üzerinde kalmayacaktır. Bu çerçevede konuya ilişkin halleri incelemeye önce, genel itibariye kavrama ilişkin açıklamalarda bulunulup, kavramın gelişimi incelenmiştir. Dolayısıyla çalışma iki ana bölümde gerçekleştirilmiştir. İlk bölümde kavramın tarihi gelişimi ve hukukumuzdaki son durum ele alınmakla birlikte, sorumluluk türleri arasındaki yeri şematize edilmiştir. Ayrıca tehlike sorumluluğundan ayırt edilmesi gerekliliği vurgulanmıştır.

Denkleştirme sorumluluğuna ilişkin başlıca görünümeler ise ikinci bölümde incelenmiştir. Genel sınıflandırmaya uyularak, iki alt bölümde, zorunluluk halleri, komşuluk ilişkilerine ilişkin ve takip hakkından doğan haller olarak irdelenmiştir.

Anahtar Kelimeler: Sorumluluk Hukuku, Fedakârlığın Denkleştirilmesi, Zorunluluk Hali, Tehlike Sorumluluğu

THE APPEARANCE OF LIABILITY BASED ON THE PRINCIPLE OF COMPENSATION OF SACRIFICE UNDER CIVIL LAW

ABSTRACT

The subject of our study is limited to the cases of liability based on the "Principle of Equalization of Sacrifice". As a rule, the legal order restricts the behaviors between individuals only if they harm each other. Otherwise, within the framework of the autonomy of will, it is not a restriction, but freedom. In some cases, even if there is no illegality in these behaviors that have legal consequences, it is possible that liability may arise because there is damage. Since one party's interest is damaged compared to the other party and this violation of interest is endured, it will be necessary to compensate the damage in accordance with the "Principle of Equalization of Sacrifice". Thus, the damage incurred despite a lawful behavior will not remain on the injured party. In this framework, before examining the cases related to the subject, the concept is explained in general terms and the development of the concept is examined. Therefore, the study is organized in two main sections. In the first part, the historical development of the concept and the latest situation in our law are discussed, and its place among the types of liability is schematized. In addition, the necessity to distinguish it from hazard liability is emphasized.

The main manifestations of equalization liability are examined in the second part. Following the general classification, it is examined in three sub-sections as cases of necessity, cases related to neighborly relations and cases arising from the right to pursue.

Anahtar Kelimeler: Liability Law, Equalisation of Sacrifice, State of Necessity, Danger Liability.

GİRİŞ

Hukuk düzeni bireylerin birbirleriyle olan ilişkilerinde serbest hareket edebilmelerine imkan sağlamış; ancak bahsi geçen bu serbestliği bir başka kişiye zarar verecek oranda sınırsız bir şekilde kullanmayı da yasaklamıştır. Zira hem kişisel hem de kamusal menfaatler düşünüldüğü zaman, birbiri ile karşı karşıya gelen ya da savaşıyor çıkar çatışmaları bulunmaktadır. Çalışmada ilerleyen kısımlarda da değinileceği gibi, hukuk düzeni kişilerin menfaatlerinin zarara uğraması halinde, zarara neden olanın salt kusurlu davranışından dolayı sorumlu tutmakla ile yetinmemiş, kusuru olmasa dahi zarara yol açmış olması durumunda dahi sorumluluğuna hükmetmiştir²⁷⁶. Hatta çalışma konusunu oluşturan sorumluluk halinde, her iki türde karşılaşılan hukuka aykırı müdahalelere ilişkin herhangi bir zarar doğmamıştır, bilakis hukukun müsaade ettiği, onayladığı, uygun bulunduğu bir müdahale sonucunda zarar ortaya çıkmıştır. Daha doğru bir ifadeyle, hukuk düzeni yalnızca hukuka aykırı müdahalelerle bağlantılı zararların tazminini düzenlememiş, bunun dışında çatışan menfaatler arasında bir tartım yapıp bunlar arasından daha üstün tutulması gerekli olan müdahaleye hukuka uygunluk tanınmasına rağmen, sebep olduğu zararı göz ardı etmemiş ve onu da denkleştirme yoluna gitmiştir. Üstün tutulmuş olan değer toplum yaşamının gerekliliğinden dolayı yasaklanamıyor olsa dahi feda edilen menfaat lehine bozulan çıkar dengesinin tekrar kurulması için fedakârlığın denkleştirilmesi ilkesine dayanan sorumluluk tesis edilmiştir. Bu şekilde hem

²⁷⁶ Sorumluluk Hukukuna ilişkin ayrıntılı açıklamalar için Bkz. M. Kemal Oğuzman/Turgut Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, C. 2, Vedat Yayıncılık, 16. Bası, İstanbul, 2021, s. 1 vd; Hüseyin, Hatemi/ Emre, Gökyayla, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Vedat Yayıncılık, 4. Bası, İstanbul, 2017, s. 113 vd; Gökhan, Antalya, *"Borçlar Hukuku" Genel Hükümler*, C.I, Beta Yayınları, İstanbul, 2012, s. 407 vd; Ahmet, Kılıçoğlu, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Turhan Kitabevi, 22. Bası, Ankara, 2018, s. 368 vd; Ali Naim, İnan/Özge, Yücel, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Seçkin Yayıncılık, 4. Bası, Ankara, 2014, s. 411 vd; Tolunay/Ozanemre Yayla, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Seçkin Yayınları, 4. Bası, Ankara, 2023, s. 107 vd; Sinan Sami, Akkurt/Kemal, Erdoğan/Hüseyin, Tokat, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Özel Hükümler*, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2021, s. 185 vd; Zahir İmre, *Doktrinde ve Türk Hukukunda Kusursuz Mesuliyet Halleri*, İstanbul: İsmail Akgün Matbaası, 1949, s. 198; Selim Kaneti, *Haksız Fülde Hukuka Aykırılık Unsuru*, İstanbul: Kazancı Hukuk Yayınları, 2007, s. 13; Andreas Von Tuhr, *Borçlar Hukukunun Umumi Kısımı*, çev., Cevat Edege, Ankara: Ankara, 1983, s. 408; İlhan Ulsan, *"Çevre Etkisinden Doğan Zararlar ve Fedakârlığın Denkleştirilmesi İlkesi"*, Sorumluluk Hukukunun Güncel Sorunları, Sorumluluk Hukukundaki Yeni Gelişmeler I. Sempozyumu, Ankara, 1977, 183- 184; Refik Korkusuz, *"Hukukumuzda Tehlike Sorumluluğu Uygulaması ve Yeni Borçlar Kanunu Tasarısındaki Düzenlemesi"*, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Sorumluluk Ve Tazminat Hukuku Sempozyumu, 28- 29 Mayıs, 2009, s. 202- 204; Karl Larenz, Claus- Wilhelm Canaris, *LehrBuch Des Schuldrechts*, München: 1994, § 85, V, s. 669- 671; Selim Kaneti, *"Çatışan Değerlerin Tartılmasına Dayanan Hukuka Uygunluk"*, Sorumluluk Hukukunun Güncel Sorunları, Sorumluluk Hukukunda Yeni Gelişmeler II. Sempozyumu, Ankara, 1978, s. 143- 147; Fikentscher, Wolfgang, *"Schuldrecht"*, Berlin, New York: 1992, §112, N. 1349.

kamusal hem bireysel menfaat çatışmalarında orta yol sağlanmış, zarar hangi nedenle ortaya çıkmış olursa olsun giderilebilmesi amaçlanmıştır. Bununla beraber fedakârlığın denkleştirilmesi ilkesine ilişkin çerçeve bir normun kanunlarda yer almasına ilişkin görüşler mevcuttur. Zira 2012 yılında yürürlüğe giren 6098 Sayılı TBK m. 71/ IV ile fedakârlığın denkleştirilmesi ilkesini düzenlediği yönünde tartışmalar söz konusudur. Ancak bu düzenleme, yasal bir çözüm sunmaktan çok düzenlenmiş olduğu madde kapsamında tartışmaları artırıcı bir niteliktedir. Bu sebeple Yargı kararları ve öğreti görüşleri, söz konusu kavram açısından önemini halen korumaktadır. Bu çalışmada ise fedakârlığın denkleştirilmesi ilkesinin medeni hukuk çerçevesindeki görünümleri ele alınacaktır.

I. FEDAKÂRLIĞIN DENKLEŞTİRİLMESİ İLKESİNE DAYANAN SORUMLULUK

A. Kavram

Fedakârlığın denkleştirilmesi ilkesi hukuka uygun müdahaleler nedeniyle ortaya çıkan zarara tahammül gösteren tarafın menfaatinin dengelenebilmesi için yürütülen bir denkleştirme işlemidir. Söz konusu olan ilke gereğince yalnızca hukuka aykırı müdahalelere dayanan zararların tazminini sağlamamış, ayrıca çatışan menfaatler arasında bir tartıma gidip bunlar arasından üstün tutulması gereken müdahaleye hukuka uygunluk tanınmasıyla birlikte, yol açtığı zarar bakımından denkleştirme yoluna gidilmiştir. Böylece hem kamusal hem de kişisel menfaat çatışmalarında, zarar hukuka uygun müdahale neticesinde doğmasına rağmen denkleştirilmiştir²⁷⁷.

²⁷⁷ İlhan Uluhan, "Medeni Hukukta Fedakarlığın Denkleştirilmesi İlkesi ve Uygulama Alanı", İstanbul: 1977, s. s. 8-9; Fikret Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Ankara: Yetkin Yayınları 2015, s. 505 vd.; Elvan, Sütken, "Medeni Hukukta Fedakârlığın Denkleştirilmesi İlkesinin Taşınmaz Mülkiyetinin Kısıtlamaları ile İlgili Olarak Uygulandığı Bazı Durumlar", Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 4, Sayı: 2, Aralık 2009, s. 109-131; Muharrem Tütüncü, "İşverenin İş Kazalarından Doğan Sorumluluğu Bakımından Fedakarlığın Denkleştirilmesi İlkesinin Uygulama Alanının Değerlendirilmesi", İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 15, Sayı: 2, Temmuz 2016, s. 757-780. Asım Kaya, "Taşınmaz Malikinin Sorumluluğu", Terazi Hukuk Dergisi, C. 11, Sayı: 113, Ocak 2016, s.: 47-56. Çelik Ahmet, Çelik, "Hekimlerin ve Sağlık Görevlilerinin Çalışma Koşulları ve Korunmaları", Terazi Hukuk Dergisi, C. 17, Sayı: 188, Nisan 2022, s.: 126-13; Murat, Önok, Işık, Önay, "Hukuk Düzeninin Birliği İlkesi Çerçevesinde Zorunluluk Hâlinin Hukukî Niteliği", C. 77, S. 2, İstanbul Hukuk Mecmuası s. 847-895; Çağlar, Özel, "Türk Özel Hukukunda Sözleşme Dışı Sorumluluk Olgularına Genel Bakış", Hacettepe Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi, Cilt 18, Sayı 2, 2000, s.415-432.

Fedakârlığın denkleştirmesi ilkesi uyarınca sorumlu olunması fikri ilk önce, kamusal çıkarlara²⁷⁸ tanınan üstünlüklerde karşımıza çıksa da zaman geçtikçe bireyin menfaatlerinin öneminin artması nedeniyle özel hukuka mal olmuş bir kavram olmuştur. Bu çerçevede fedakârlığın denkleştirilmesi ilkesine ilişkin çerçeve bir normun Borçlar Kanunu'nda düzenlenmesi gerekliliği de savunulmakla birlikte, bu yönde bir düzenleme olduğu hususunda TBK m. 71/IV hükmü tartışılmış, ancak hakim görüş düzenlemenin yalnızca tehlike sorumluluğu ile ilgili olduğu yönündedir. Bu sebeple hali hazırda öğreti görüşleri²⁷⁹ ve Yargı kararları, söz konusu kavram açısından önemini korumaktadır²⁸⁰.

B. Tarihi Gelişimi

Fedakârlığın denkleştirilmesine ilişkin sorumluluğa ne Roma Hukukunda ne de Pandekt Hukukunda rastlayabilmekteyiz. İleride de ele alanacağı gibi, çıkar çatışması dendiği zaman eski çağlardan beri akla gelen önemli ilişkilerden biri olan komşuluk ilişkisinde dahi denkleştirme kavramı ele alınmamıştır. Şöyle ki komşuluk ilişkisi neticesinde, taşınmaz mülkiyeti sahibi olan kişilerin, komşuları lehine bir fedakarlıkta bulunmak için, mülkiyet haklarından sınırlı biçimde yararlanmaları mevzu bahis yapılmamıştır. Bu çerçevede *Denburg*, taşınmaz maliki taşınmazının sınırları içerisinde kaldığı sürece komşularının çıkarlarını gözetmek zorunda olmadığını belirtmiş, buradan yola çıkarak tarlasını taşocağına, oturduğu evi fabrikaya çevirebileceğini kabul etmiştir²⁸¹.

Günümüzdeki kavramın çıkış noktası olarak gösterebileceğimiz düzenlemelere ilk olarak Alman Hukukunda rastlamaktayız. Daha çok kamu hukuku kökenli²⁸² olarak doğan kavram zamanla bugünkü gibi özel hukuka ilişkin bir sorumluluk türü olmuştur. Öte yandan Türk- İsviçre öğretisinde

²⁷⁸ İlhan Uluslan, "Alman Kamu Hukukunda Fedakârlığın Denkleştirilmesi İlkesi", İÜHFEM, 43/1-4 (1979), s. 101- 123.

²⁷⁹ Uluslan, *Medeni Hukukta Fedakârlığın Denkleştirilmesi İlkesi ve Uygulama Alanı*, s. 1 vd.; Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, s. 505 vd; Oğuzman/Öz, *Eşya Hukuku*, s. 10; Sütken, "Medeni Hukukta Fedakârlığın Denkleştirilmesi İlkesinin Taşınmaz Mülkiyetinin Kısıtlamaları ile İlgili Olarak Uygulandığı Bazı Durumlar", s. 109-131; Tütüncü, "İşverenin İş Kazalarından Doğan Sorumluluğu Bakımından Fedakârlığın Denkleştirilmesi İlkesinin Uygulama Alanının Değerlendirilmesi", s. 757-780; Çelik, "Hekimlerin ve Sağlık Görevlilerinin Çalışma Koşulları ve Korunmaları" 126-135.

²⁸⁰ Y.8. HD: 2010/5612 K: 2011/343 Karar Tarihi: 25.01.2011; Y. 14. HD: E. 2021/1658, K. 2021/3247, T. 17.05.2021.

²⁸¹ Henrich Dernburg, *Pandekten (Allgemeiner Teil)*, 6. Auflage, Berlin: 1900, § 198, I, s. 74, naklen, İlhan Uluslan, *Medeni Hukukta Fedakârlığın Denkleştirilmesi İlkesi ve Uygulama Alanı*, İstanbul: 1977, s. 66.

²⁸² Uluslan, "Alman Kamu Hukukunda Fedakârlığın Denkleştirilmesi İlkesi", s. 101- 123.

uzun yıllar farkına varılmamışken; Türk hukukunda Ulusan'ın eseriyle birlikte çığır açılmıştır. Öncesinde ise mevzuat açısından değerlendirildiğinde denkleştirme sorumluluğuna neden olabilecek düzenlemeler mevcuttur. Fakat mevzuata ilişkin Yargıtay'ın değerlendirmesi farklı gerekçelerle temellendirilmiştir. Buna göre, maden imtiyaz hakkı sahibinin madenin elde edilmesi sebebiyle komşu taşınmazlara verdiği zararı, EBK m. 58 (TBK m. 69) hükmü gereğince tazmin edilmesi gerektiği savunulmuştur²⁸³. Ancak haklı olarak yapılan eleştirilerde de belirtildiği gibi, binanın bozukluğu veya bakım ve korumaya ilişkin eksikliğe dayanan bir zarar söz konusu değildir. Sorun yapılan işin gereği komşu arazilere verilen zarara ilişkindir. Hatta Alman Genel Maden Yasası §148²⁸⁴ hükmü, bu konunun komşuluk hukukunu ilgilendiren, çıkar çatışmasıyla ilgili olduğunu belirtmiştir. Bu katlanmaya ilişkin bir denkleştirme istemi kabul edilmiştir²⁸⁵. Daha sonraki zamanlarda

²⁸³ YİBK., T. 04.05.1966, E. 6, K.4, Ulusan, Medeni Hukukta Fedakarlığın Denkleştirilmesi İlkesi ve Uygulama Alanı, s. 215.

²⁸⁴ Abg, § 148 hükmü halihazırda mevcut değildir. Şu anda BBERG §114: "Bundesberggesetz(BBERG) § 114 Bergschaden (1) Wird infolge der Ausübung einer der in § 2 Abs. 1 Nr. 1 und 2 bezeichneten Tätigkeiten oder durch eine der in § 2 Abs. 1 Nr. 3 bezeichneten Einrichtungen (Bergbaubetrieb) ein Mensch getötet oder der Körper oder die Gesundheit eines Menschen verletzt oder eine Sache beschädigt (Bergschaden), so ist für den daraus entstehenden Schaden nach den §§ 115 bis 120 Ersatz zu leisten. (2) Bergschaden im Sinne des Absatzes 1 ist nicht 1.ein Schaden, der an im Bergbaubetrieb beschäftigten Personen oder an im Bergbaubetrieb verwendeten Sachen entsteht, 2.ein Schaden, der an einem anderen Bergbaubetrieb oder an den dem Aufsuchungs- oder Gewinnungsrecht eines anderen unterliegenden Bodenschätzen entsteht, 3.ein Schaden, der durch Einwirkungen entsteht, die nach § 906 des Bürgerlichen Gesetzbuchs nicht verboten werden können, 4.ein Nachteil, der durch Planungsentscheidungen entsteht, die mit Rücksicht auf die Lagerstätte oder den Bergbaubetrieb getroffen werden und 5. ein unerheblicher Nachteil oder eine unerhebliche Aufwendung im Zusammenhang mit Maßnahmen der Anpassung nach § 110". BBERG § 114: "1) Bölüm 2 (1) no. 1 ve 2'de belirtilen faaliyetlerden birinin veya Bölüm 2 (1) no. 3'te belirtilen tesislerden birinin (maden işletmesi) uygulanması sonucunda bir kişi ölürse veya bir kişinin vücudu veya sağlığı veya bir mal zarar görürse (maden hasarı), ortaya çıkan zarar için 115 ila 120. bölümler uyarınca tazminat ödenir. (2) 1. fıkra kapsamındaki maden hasarı, 1. maden işletmesinde istihdam edilen kişilere veya maden işletmesinde kullanılan mallara verilen zararı,2. başka bir maden işletmesine veya başka bir kişinin arama veya çıkarma hakkına tabi olan maden kaynaklarına verilen zararı, 3. Alman Medeni Kanunu'nun 90. maddesi uyarınca yasaklanamayan etkilerden kaynaklanan zararı, 4. başka bir maden işletmesine veya başka bir kişinin arama veya çıkarma hakkına tabi olan maden kaynaklarına verilen zararı başka bir maden işletmesine veya başkasının arama veya çıkarma haklarına tabi maden kaynaklarına verilen zarar, 3. Medeni Kanun'un 906. maddesi uyarınca yasaklanamayan etkilerden kaynaklanan zarar,4. maden yatağı veya maden işletmesi ile ilgili olarak alınan planlama kararlarından kaynaklanan bir dezavantaj ve 5. 110. madde uyarınca uyum önlemleri ile bağlantılı olarak önemsiz bir dezavantaj veya önemsiz bir masraf."

²⁸⁵ İlhan, Ulusan, "Çevre Etkisinden Doğan Zararlar ve Fedakarlığın Denkleştirilmesi İlkesi", Sorumluluk Hukukunun Güncel Sorunları, İstanbul Üniversitesi Mukayeseli Hukuk Enstitüsü Yayınları, İstanbul, 1980, s. 199.

ise, artık öğretilerde²⁸⁶ ve Yargıtay²⁸⁷ kararlarınca denkleştirme sorumluluğu kabul edilmiştir.

C. TBK m. 71/IV hükmünün Fedakârlığın Denkleştirilmesi İlkesi Bakımından Uygulama Alanı

Fedakârlığın denkleştirilmesi ilkesinin genel bir hüküm vasıtasıyla düzenlenmesi gereği çokça ifade edilmiştir. Bu kapsamda 6098 Sayılı TBK'da ise fedakârlığın denkleştirilmesi ilkesine" dayanan bir sorumluluk halinin düzenlenip düzenlenmediği tartışmalıdır. Şöyle ki, TBK m. 71'de "Tehlike sorumluluğu ve denkleştirme" başlığa şu hükümlere yer verilmiştir:

"Önemli ölçüde tehlike arz eden bir işletmenin faaliyetinden zarar doğduğu takdirde, bu zarardan işletme sahibi ve varsa işleten müteselsilen sorumludur.

Bir işletmenin mahiyeti ve faaliyette kullanılan malzeme, araçlar ya da güçler göz önünde tutulduğunda, bu işlerde uzman bir kişiden beklenen tüm özenin gösterilmesi durumunda bile sıkça veya ağır zararlara doğurmaya elverişli olduğu sonucuna varılırsa, bunun önemli ölçüde tehlike arz eden bir işletme olduğu kabul edilir. Özellikle, herhangi bir kanunda benzeri tehlikeler arz eden işletmeler için özel bir tehlike sorumluluğu öngörülmüşse, bu işletme de önemli ölçüde tehlike arz eden bir işletme sayılır.

Belirli bir tehlike hali için öngörülen özel sorumluluk hükümler saklıdır.

Önemli ölçüde tehlike arz eden bir işletmenin bu tür faaliyetine hukuk düzenince izin verilmiş olsa bile, zarar görenler, bu işletmenin faaliyetinin sebep olduğu zararlarının uygun bir bedelle denkleştirilmesini isteyebilir".

Maddenin başlığında yer alan denkleştirme ifadesi nedeniyle, sanki fedakârlığın denkleştirilmesi ilkesi düzenlendiği kanısı uyansa da ne yazık hükmün uzaktan yakından bu sorumluluk türüyle ilgisi yoktur. Zira tipik bir tehlike sorumluluğu mevcuttur. İzin verilen yalnızca faaliyetin kendisidir. Bu nedenle ne müdahale ne de zarar, fedakârlığın denkleştirilmesinde olduğu

²⁸⁶ İlhan Ulusan, "Çevre Kirlenmesinden Doğan Sorumlulukta Fedakârlığın Denkleştirilmesi İlkesi", YD, 12/1-2, s. 58 vd.; Haluk Tandoğan, *Kusura Dayanmayan Sözleşme Dışı Sorumluluk Hukuku*, Ankara: 1981, s. 48.

²⁸⁷ 14. HD. T. 18. 10. 2007, E. 2007/10519, K. 2007/12145, "Mahkemece uygun geçit yeri saptanırken öncelikle taraf yararlarının gözetilmesi gerekir. Zira, geçit hakkı taşınmaz mülkiyetini sınırlayan bir irtifak hakkı olmakla birlikte, özünü komşuluk hukukundan alır. Bunun doğal sonucu olarak yol saptanırken komşuluk hukuku ilkeleri gözetilmelidir. Geçit gereksiniminin nedeni, taşınmazın niteliği ile bu gereksinimin nasıl ve hangi araçlarla karşılanacağı davacının subjektif arzularına göre değil objektif esaslara uygun belirlenmeli, taşınmaz mülkiyetinin sınırlandırılması konusunda genel bir ilke olan fedakârlığın denkleştirilmesi prensibi dikkatten kaçırılmamalıdır".

gibi hukuka uygundur²⁸⁸. Zaten her iki sorumluluk da anlam ve nitelikleri itibariyle birbirlerinden farklıdır. Fedakârlığın denkleştirilmesi ilkesinde hem müdahale hem de müdahale sonucu hukuka uygundur. Bu çerçevede öğretide Tandoğan'ın da yerinde bir şekilde ifade ettiği üzere “zaten tehlike sorumluluğunu doğuran olaylarda sorumlu kişi zararlı sonucu istememekte, göze almamakta, bunu önlemek için gerekli tedbirleri almaktadır; buna karşılık fedakârlığın denkleştirilmesi söz konusu olan hallerde müdahalenin sonucu önceden bilinmekte ve zarar bir işletme kazasından değil müdahalenin normal sonucu olarak ortaya çıkmaktadır”. Dolayısıyla tehlike sorumluluk ilkesine ilişkin olarak yapılandırılmış tehlike sorumluluğu hükmüne “hukuk düzenince izin verilen” ve “uygun bir bedelle denkleştirme” kavramlarının yerleştirilmesi ile TBK. md. 74/IV kapsamında öngörülmüş olan düzenlemenin temelinde fedakârlığın denkleştirilmesi ilkesinin var olduğunu kabul etmek imkanı yoktur²⁸⁹.

Son olarak Türk Borçlar Kanunu'nun nitelemesiyle “önemli ölçüde tehlike arz eden bir işletmenin” sebep olacağı bazı zararların fedakârlığın denkleştirilmesi ilkesi uyarınca uygun bir bedelle denkleştirilmesi söz konusu olabilir mi sorusunu yöneltmek gereklidir. Bu tür işletmelerin yol açtığı çevre etkileri nedeniyle yerel âdete uygun fakat kaçınılmaz taşkınlıklar sonucu doğan zararın karşılanması isteminin fedakârlığın denkleştirilmesi ilkesine bağlı olarak da talep edilebileceği kabul edilmelidir. Ancak bu tür zararların hukuki dayanağını, TBK. md.74/f.4 hükmü oluşturmayıp, genel hüküm niteliğindeki Medeni Kanun'un 730. ve 738. maddeleri veya Çevre Kanununun 28. maddesinde yer alan düzenlemeler oluşturmaktadır²⁹⁰.

²⁸⁸ Aynı Görüş, Nihal Ural Çınar, “Borçlar Kanununda ve Borçlar Kanunu Tasarısında Düzenlenen Kusursuz Sorumluluk Halleri Arasındaki Farklar”, İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 1 (Ocak 2007) Y.6, s. 84; İlhan Ulsan “Gefardungshaftung im Entwurf Des Türkischen Obligationengestzbuches”, 80 Jahre Türkisches ZGB, 2006, Von Büren,Ronald/ Emmenegger, Susan/ Koller, Thomas, Staempfli Verlag, AG, Bern, 2007, s. 89; Farklı görüş, Atilla Altop “Türk Borçlar Kanunu Tasarısında Yer Alan Bazı Önemli Yenilikler ve Değişiklikler”, İKU, Hukuk Fakültesi Dergisi, 4/1-2 (Aralık 2005), s. 14- 15; Korkusuz, “Hukumumuzda Tehlike Sorumluluğu Uygulaması ve Yeni Borçlar Kanunu Tasarısındaki Düzenlemesi”, s. 204.

²⁸⁹ Ulsan İlhan, “Türk Borçlar Kanunu'nda Yer Alan Genel Tehlike Sorumluluğu Kuralına İlişkin Birkaç Tespit ve Hukuk Düzeni Tarafından Faaliyetine İzin Verilmiş Önemli Ölçüde Tehlike Arzeden İşletmelerin Yol Açtığı Zararların Uygun Bir Bedelle Denkleştirilmesi Sorunu”, Yaşar Üniversitesi E-Dergisi, 8/Özel (2013), s. 2902-2905.

²⁹⁰ Ulsan, “Türk Borçlar Kanunu'nda Yer Alan Genel Tehlike Sorumluluğu Kuralına İlişkin Birkaç Tespit ve Hukuk Düzeni Tarafından Faaliyetine İzin Verilmiş Önemli Ölçüde Tehlike Arzeden İşletmelerin Yol Açtığı Zararların Uygun Bir Bedelle Denkleştirilmesi Sorunu”, s 2902-2905.

D. Sorumluluk Hukuku İçerisindeki Yeri

1. Genel Bir Yaklaşımla Sorumluluk Hukuku Kavramı

Sorumluluk kavramının “ile sorumluluk” ve “den sorumluluk” olmak üzere iki kullanımı vardır. Esasında çalışmamızın hedefi yalnızca “den sorumluluk” kavramıyla ilgiliyse de kısaca “ile sorumluluğu” borçlunun borçlandığı edimi eksiksiz veya gereği gibi yerine getirmemesi tehlikesi karşısında, alacaklıyı çaresiz bırakmayıp ve ona borçlunun malvarlığına yetkili devlet organları aracılığıyla el koymasına imkân vermesi olarak tanımlayabiliriz. Böylece hukuk kişilerin, serbestçe hukuki işlem yapmasını sağlamakla beraber, onları kendi kaderlerine bırakmayarak, salt borçlu insafına bağlı ilişkiler kurmak yerine, borç ilişkisinin yanında zorlayıcı araç olarak sorumluluk mekanizmasını ihdas etmiştir. Pek tabii ki, borçluyu zorlamayan diğer deyişle hukuki korumadan yoksun bir borç ilişkisi temelde eksik bir hakka dayanmaktadır²⁹¹. Öte yandan, hukuk düzeni bir kimsenin, bir başka kişiye verdiği zararlar neticesinde de sorumluluğuna hükmetmiştir. Gerçekte toplum yaşamında, bireyler özgür kılınmışlardır ta ki, başka bir bireyin özgürlüğüne zarar verinceye kadar bu kural geçerlidir²⁹². Aksi halde her ne kadar kişinin hukukça korunan menfaatlerinde zarar meydana gelse bile, bu zarara bizzat kişi katlanmak zorunda kalacaktır. Çünkü ortada zarar mesuliyetini yükleyebileceğimiz bir kimseden söz edilemez (Casum sentit Dominus)²⁹³. Örneğin bahçesinde çim biçmekte olan bir kimseyi böcek ısırдыysa ve bunun sonucunda kişi hayatını kaybetmişse, ölüm nedeniyle doğan zarara kişinin yakınları katlanacaktır. Ama bir başka şahsa aktarabildiğimiz hallerde, zarara uğrayan kişinin katlanmasını istemek, çok adilane neticelere meydan vermez, ayrıca toplum güvenliği ve huzurunu korumak imkânsızlaşır²⁹⁴. Şöyle ki, pazar günü güzel havayı değerlendirmek için gittiği bir işletmenin bahçesinde böceğin ısırdığı kişinin, yakınlarından zarara katlanmaları istenemez. İşte bu durumlarda Casum sentit Dominus ilkesinin istisnasını teşkil eden “den sorumluluk” ile karşılaşmaktayız²⁹⁵. Burada bir kişinin bir başkasına verdiği hem akdi hem de akid dışı zararlardan bahsedilse bile, hakim görüşe göre “sorumluluk hukuku” ile kastedilen dar ve teknik anlamda sorumluluk, yani başka deyişle akid dışı

²⁹¹ Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, s. 83; Kılıçoğlu, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, s. 46; Antalya, “*Borçlar Hukuku*” *Genel Hükümler*, C.I, s. 48.

²⁹² İmre, *Doktrinde ve Türk Hukukunda Kusursuz Mesuliyet Halleri*, s. 5.

²⁹³ Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, s. 491; Mustafa Kılıçoğlu, *Sorumluluk Hukuku*, *Borçlar C. I*, Ankara: Turhan Kitabevi, 2002, s. 4.

²⁹⁴ Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, s. 490-491.

²⁹⁵ Mustafa, Kılıçoğlu, *Sorumluluk Hukuku*, *Borçlar C. I*, s. 4.

sorumluluktur²⁹⁶. Böylece yaptığımız kısa açıklamadan sonra, sorumluluk hukukunu, sözleşme dışı verilen zararın tazminine yarayan kurallar bütünü olarak ifade edebiliriz²⁹⁷.

2. Başkaca Hukuki Sorumluluk Türleri

Haksız fiil sorumluluğu kural olarak kusur prensibine dayanmaktadır. Zarar verenin tazminat borcunun doğması, onun kusurlu olmasına bağlanmıştır. Ancak teknolojik gelişmelerinde bir sonucu olarak, kusur prensibi yetersiz kalmıştır. Dolayısıyla giderek kusursuz sorumluluk halleri benimsenmeye başlanmıştır. Sözleşme dışı sorumluluk gereğince tazminat borcunun doğması kusur veya kusursuz sorumluluk olsun daima hukuka aykırı fiil neticesinde gerçekleşmelidir. Çalışma konusu fedakârlığın denkleştirilmesi ilkesi ise, hukuka uygun müdahalenin sonucu gerçekleşen zararın telafisini sağlar. Bu çerçevede fedakârlığın denkleştirilmesi ilkesi, sözleşme dışı sorumluluk bağlamında hukuka uygun müdahalelerde gündeme gelecektir.

a. Kusur Sorumluluğu

Sorumluluğun bir başka kimseye yükletilebilmesinin en eski sebebi olarak kusur sorumluluğu; zarar verenin hareketinden sorumlu olabilmesi için kusurlu davranmasını şart koşmaktadır²⁹⁸. İlkenin hilafından olaya yaklaşıldığında da zararı verenin kusursuz olması durumunda zarar gören üzerinde zararın kalması gündeme gelecektir. Bu ise, özellikle teknik ve sosyal gelişmeler neticesinde, meydana gelmesi pek muhtemel zararların sorumluluk dışında kalması gibi kabul edilemez bir sonuca bizi götürecektir. Dolayısı ile her ne kadar kusur sorumluluğu genel ilke olarak hukuk sistemimiz de kabul edilse bile, çağın gelişimine paralel başka sorumluluk türlerini istisnaen kabul etmek gerekir. Nitekim son yıllarda yapılmış olan

²⁹⁶ Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, s. 490; Haluk Tandoğan, *Türk Mesuliyet Hukuku*, İstanbul: 2010, s. 3 vd.; Deutsch, Erwin, "Haftungsrecht" Bd.1, Allgemeiner Teil, Köln, Berlin: 1976, s. 1.

²⁹⁷ Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, s. 490.

²⁹⁸ Ulsan, *Medeni Hukukta Fedakârlığın Denkleştirilmesi İlkesi ve Uygulama Alanı*, s. 3; Hatemi/Gökyayla, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, s. 143; Oğuzman, Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, s. 484; Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, s. 493; Kılıçoğlu, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, s. 413; Antalya, "Borçlar Hukuku" Genel Hükümler, C.1, s. 416 vd.; Akkurt/Erdoğan/Tokat, *Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, Özel Hükümler*, s. 185 vd.; Ozanemre/Yayla, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, s. 119 vd.; Mustafa Tiftik, *Türk Hukukunda Tehlike Sorumluluklarının Genel Kural ile Düzenlenmesi Sorunu*, 2. Bası, Ankara: 2005, s. 25.

düzenlemelere bakıldığında bu istisnalara gereksinimin hayli artması nedeniyle, bir hayli fazla yer verildiği görülmektedir²⁹⁹.

b. Sebep Sorumluluğu

Kusur sorumluluğuna bağlı kalındığında, zarar görenin haddinden fazla mağduriyeti doğacağından; salt kusur sorumluluğuna bağlı kalınması mümkün olmamış, başkaca sorumluluk türleri benimsenmiştir. Bunların genel kavramı sebep sorumluluğudur, yani zarara sorumluluğun bağlandığı olgulara sebebiyet vermiş olması yeterlidir. Yalnızca zarar ve bu olgular arasında uygun illiyet bağının varlığını tespit etmek yeterlidir³⁰⁰. Ne var ki sorumluluğun kapsamı bakımından her bir tür birbirinden farklı derecelere sahiptir.

aa. Olağan Sebep Sorumluluğu

Olağan sebep sorumluluğu kusur sorumluluğunun ağırlaştırılmasındaki ilk adımı oluşturur; daha açık bir ifadeyle en hafif sebep sorumluluğudur³⁰¹. Temelinde kanuna dayanan objektif özen yükümlülüğüne aykırı davranılmasına dayanan bir sorumluluk türüdür. Olağan sebep sorumluluğuna daha hafif sorumluluk özelliğini veren, kurtuluş kanıtı getirilerek sorumluluktan kurtulabilme imkânına sahip olmasıdır. Gerçekten sorumluluğu gereken kişi, her türlü dikkat ve özeni gösterdiğini ya da bu özen gösterilse bile zararlı sonucun yine de gerçekleşeceğini ispat etmesi halinde sorumluluktan kurtulacaktır³⁰². Ancak yapı malikinin sorumluluğunda biraz daha farklı bir sorumluluk görülmektedir. Şöyle ki her ne kadar bina malikinin sorumluluğu yapım ve bakımdaki eksiklikte özensizliğe dayansa bile, bu konudaki yeterli derecede özeni göstermesiyle sorumluluktan kurtulamayacaktır, yani kurtuluş kanıtı getiremeyecektir. Bu

²⁹⁹ Bkz. Tiftik, *Türk Hukukunda Tehlike Sorumluluklarının Genel Kural ile Düzenlenmesi Sorunu*, s. 25; Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, s. 494 vd.; Uluşan, *Medeni Hukukta Fedakârlığın Denkleştirilmesi İlkesi ve Uygulama Alanı*, s. 7; Tandoğan, *Türk Mesuliyet Hukuku*, s. 45; Ozanemre/Yayla, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, s. 125 vd.

³⁰⁰ Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, s. 495; Oğuzman, Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* s. 137 vd.; Kılıçoğlu, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, s. 421 vd.; Hatemi/Gökyayla, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, s. 149 vd.; Ozanemre/Yayla, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, s. 125; Akkurt/Erdoğan/Tokat, *Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, Özel Hükümler*, s. 201 vd.; İmre, *Doktrinde ve Türk Hukukunda Kusursuz Mesuliyet Halleri*, s. 49; Çetin Aşçıoğlu, *Trafik Kazalarında Hukuki Sorumluluk ve Tazminat Davaları*, Ankara: 1989, s. 6; Tandoğan, *Türk Mesuliyet Hukuku*, s. 96 vd.

³⁰¹ Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, s. 499; Ingeborg Schwenger, "Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, Bern: 2006, s. 359; Ernst Kramer, "Obligationenrecht Allgemeiner Teil, Basel: 2009, s. 178.

³⁰² Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, s. 499-500; Hatemi/Gökyayla, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, s. 153; Aşçıoğlu, *Trafik Kazalarında Hukuki Sorumluluk ve Tazminat Davaları*, s. 6.

nedenle öğretide kurtuluş kanıtı getirilemeyen olağan sebep sorumluluğu olarak adlandırılmıştır³⁰³, hatta önceden doğrudan tehlike sorumluluğu içerisinde de değerlendirildiği de görülmektedir³⁰⁴. Ne var ki TBK özen sorumluluğu çerçevesinde düzenlemiştir.

Başlıca sebep sorumluluğu hallerini; adam çalıştırmanın sorumluluğu (BK. m. 66), yapı malikinin sorumluluğu (BK m. 69), hayvan tutucusunun sorumluluğu (BK m. 67), taşınmaz malikinin sorumluluğu (MK m. 730), ev başkanının sorumluluğu (MK m. 369), şeklinde saymak mümkündür. Ancak yalnızca sayılanlarla sınırlı olmadığı gibi öğreti tarafından kapsamı net olarak kabul edilmiş değildir³⁰⁵. Zira Alman hukukunda olağan sebep sorumluluğuna rastlanmazken³⁰⁶; İsviçre- Türk hukuku olağan sebep sorumluluğuna yer vermiştir³⁰⁷.

bb. Tehlike Sorumluluğu

Günümüzde topluma büyük fayda sağlayan öyle olgular vardır ki, bunlardan vazgeçmek mümkün değildir. Bu olgular belirli bir tesis, işletme veya faaliyetlere bağlıdır. Örneğin petrol aramaları, üretimi, nükleer santraller, barajlar, doğalgaz üretim tesisleri işletilmesi önemli ölçüde beden, bina ve ürün zararları doğurmaya elverişlidir. Bununla birlikte bu faaliyetler, ilgililere zarar veriyor olsa bile, bunları engellemek topluma daha büyük zararlar vereceği için işletme faaliyetine müsaade edilmiştir. Ancak bu tür faaliyetlere izin verilmiş olması, sorumsuzluk sebebi olarak görülmemiştir. Hatta yapılan faaliyetlerde işletmelerin zarara neden olmamak için sıradan önlemler almaları ile kusurları oranında sorumlu tutulabilmeleri gereken korumayı sağlamayacağı için daha ağır bir sorumluluk öngörülmüştür. Tehlikeli işletmeyi işleten, sadece mücbir sebep ya da zarar görenin ağır kusurunu ispat etmesiyle sorumluluktan kurtulabilecektir³⁰⁸. Tehlike

³⁰³ Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, s. 499-500; Hatemi/Gökyayla, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, s. 156.

³⁰⁴ Kılıçoğlu, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, s. 461.

³⁰⁵ Hatemi/Gökyayla, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, s. 156 vd.; Oğuzman/Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, s. 143 vd.; Kılıçoğlu, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, s. 421 vd.; Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, s. 498 vd.; Ozanemre-Yayla, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, s. 122 vd.; Akkurt/Erdoğan/Tokat, *Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, Özel Hükümler*, s. 203.

³⁰⁶ Larenz, II, S. 868, naklen, Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, s. 453; Larenz/Canaris, §84, 11/2, S. 600 vd.; Von Dam, *European Tort Law*, Oxford: 2005, s. 402.

³⁰⁷ Kramer, s. 178; Tandoğan, *Kusura Dayanmayan Sözleşme Dışı Sorumluluk Hukuku*, s. 23; Oğuzman/Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, s. 485.

³⁰⁸ Oğuzman/Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, s. 201 vd.; Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, s. 667; Kılıçoğlu, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, s. 478 vd.; Tiftik, *Türk Hukukunda Tehlike Sorumluluklarının Genel Kural ile Düzenlenmesi Sorunu*, s. 29; Aşçıoğlu, *Trafik Kazalarında Hukuki Sorumluluk ve Tazminat Davaları*, s. 7; İmre, *Doktrinde ve Türk Hukukunda Kusursuz Mesuliyet*

sorumluluğu TBK m. 71 uyarınca genel hükümler çerçevesinde düzenlenmiştir. Ayrıca özel düzenlemelerde de tehlike sorumluluğuna yer verilmiştir³⁰⁹.

II. BAŞLICA FEDAKÂRLIĞIN DENKLEŞTİRİLMESİNE DAYANAN SORUMLULUK HALLERİ

A. Zorunluluk Halinde Denkleştirme Sorumluluğu

1. Genel Olarak

Zorunluluk hali TBK m. 64 hükmüne göre, kavram ifade edilmeksizin, kendisini veya bir başkasını açık ya da yakın bir zarar tehlikesinden korumak için diğer bir kimsenin malına zarar verilebilmesine imkan verir. Aynı hüküm gereğince, saldırı veya tehlikeyle ilgisiz üçüncü kişinin malına zarar verilmesi nedeniyle hakim hakkaniyete göre zararı tazmin ettirir. Zira kişi kendi menfaatlerini (bunlar vücut bütünlüğü, yaşam gibi kişisel menfaatler olabileceği gibi mal varlıksal menfaatler de olabilir) veya başka birinin menfaatini korumak için bir başkasının mülkiyetine tabi olan ve malikin her türlü saldırıdan uzak kalmasını istediği malvarlığı menfaatini açıkça zarara uğratar. Bu zarar neticesinde uğranılan menfaat kaybı denkleştirmenin konusunu oluşturur. Böyle bir zararın taşınmaza verilmesi halinde ise, MK m. 753 hükmü özel olarak düzenlenmiştir. MK m. 753, “mülkiyet hakkıyla ilgili bir kısıtlama” olarak “zorunluluk halinde” kenar başlığı altında, “Bir kimse kendisini veya başkasını tehdit eden bir zararı veya o anda mevcut bir tehlikeyi ancak başkasının taşınmazına müdahale ile önleyebilecek ve bu zarara ya da tehlike taşınmaza müdahaleden doğacak zarardan önemli ölçüde büyük ise; malik buna katlanmak zorundadır” hükmünü içerir³¹⁰.

Karşılıklı çıkarlardan birine tanınan üstünlük sonucunda çıkarlardan biri zarar görse bile bu müdahale hukuka uygun olacaktır, ancak doğan zarar buna rağmen telafi edilecektir. Zira fiil hukuka uygun olmasına rağmen

Halleri, s. 63-64; 5- 7; Sulhi, Tekinay/Sermet Akman/Haluk, Burcuoğlu/Atilla Altop, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, İstanbul: 1993, s. 498; Güzin Üçışık, “Tehlike Sorumluluğunun Genel Kural İle Düzenlenmesi”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Sorumluluk ve Tazminat Hukuku Sempozyumu, 28- 29 Mayıs 2009, s. 127- 129; Özge, Yücel, *Genel Tehlike Sorumluluğu*, Seçkin yayınları, Ankara, 2014, s. 1 vd.; Larenz/Canaris, §84, s. 611.

³⁰⁹ Çevre Kanunu, RG. T. 11. 08. 1983, RG NO, 18132; Türk Sivil Havacılık Kanunu, RG. T. 14. 10. 1983, RG NO. 2920.

³¹⁰ Oğuzman/Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, s. 33; Kılıçoğlu, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, s. 382; Ulusan, *Medeni Hukukta Fedakârlığın Denkleştirilmesi İlkesi ve Uygulama Alanı*, s. 100; Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, s. 609; Kaneti, “Çatışan Değerlerin Tartılmasına Dayanan Hukuka Uygunluk”, s. 14.

zararın fedakârlığın denkleştirilmesi ilkesi gereğince hakim kararı doğrultusunda kısmen veya tamamen tazmin ettirilir³¹¹.

2. Zorunluluk Halinde Denkleştirmenin Koşulları

Öncelikle özenle değerlendirilmesi gereken kıstas, zarara neden olan müdahalenin, daha yüksek bir menfaat nedeniyle gerçekleştirilip gerçekleştirilmediğidir. Bu durum MK m. 753'te açıkça vurgulanmıştır: “zarar ve tehlike, saldırıdan doğacak hasardan önemli ölçüde büyük ise, malik buna katlanmak zorundadır”. Yani kişi öncelikle kendi kişisel veya malvarlıksal menfaatleri uğruna, bir başkasının malvarlığına zarar verebilecektir. Zararın hedefi asla kişisel çıkarlar değildir. Öte yandan BK m. 64 hükmünde yer alan “kendisini veya başkasını açık ya da yakın bir zarar bir tehlikesinden” ifadesinden hareketle meydana gelecek zararın veya gerçekleşmesi pek muhtemel bir zarar tehlikesinin varlığının gerekli olduğu anlaşılmaktadır. Böylece ancak ortada ciddi bir zarara uğrama ve yalnızca daha önemsiz bir çıkarın bulunması durumunda; üçüncü kişinin malvarlığı feda edilebilecektir³¹².

3. Denkleştirme Sorumluluğunun Süjesinin Belirlenmesi Meselesi

Zorunluluk halinde denkleştirme sorumluluğunda, üç kişilik bir ilişkiye bağlı çıkar çatışması mevcuttur. Bu üç kişiden birisi müdahalede bulunurken; bir diğeri yararına müdahalede bulunulur ve nihayet üçüncü kişi zarara sebep olan müdahaleye katlanmaktadır. Aslında kişi kendisi yararına başkasının malvarlığını zarara uğrattırsa ortada tartışmaya yol açacak bir durum yoktur. Ama yararlanan kişi ile müdahalede bulunan kişi farklı ise o zaman üzerinde düşünülmesi gereklidir. Hemen belirtmeliyiz ki Alman hukukundan farklı olarak, Türk- İsviçre hukukunda BK m. 64 de zaten müdahalede bulunan kişinin sorumlu olacağı belirtilmiştir. Bu kuralın hâkim fikirce benimsenmesinin en önemli nedeni zarara uğrayan kişinin bu müdahaleden yararlanan kişiyi saptamak için özel bir çaba sarf etme zahmetine girmesinin beklenemeyecek olmasında saklıdır. Ayrıca özel hukukta zarara sebebiyet veren kişinin sorumluluğu felsefesi ağırlıklı olarak kabul edilmektedir. Ancak müdahaleden faydalanan kişinin bu zararı gidermesi gerektiği savunulmaktadır³¹³. Kanaatimizce yasal düzenleme karşısında bu fikrin kabulü imkânsızdır. Müdahaleyi gerçekleştiren kişi

³¹¹ Oğuzman/Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, s. 33; Ozanemre- Yayla, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, s. 112-113.

³¹² Ulsan, *Medeni Hukukta Fedakârlığın Denkleştirilmesi İlkesi ve Uygulama Alanı*, s. 100; Oğuzman/Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, s. 33-34; Fikentscher, “*Schuldrecht*”, N. 1349.

³¹³ Ulsan, *Medeni Hukukta Fedakârlığın Denkleştirilmesi İlkesi ve Uygulama Alanı*, s. 100.

denkleştirme sorumluluğunu yerine getirdikten sonra, vekâletsiz iş görme hükümlerine dayanarak yararlanana rücu edebilir. Böylece tarafların çatışmaya uğrayan çıkarları arasında kısmen denge kurulmuş olur.

B. Komşuluk Hukukuna Dayanan Denkleştirme Sorumluluğu

Bu sorumluluk bağlamında komşuluk ilişkisi, geniş anlamıyla komşu, semt, çevre kavramlarını kapsayacak şekilde anlaşılmalıdır³¹⁴. Hayatın olağan akışı göz önüne alındığında, çıkarları birbirine bu kadar bitişik olan taraflardan birisinin yararlandığı bir ilişkide diğer taraf ya zarar görecektir ya da birtakım fedakârlıklara katılmak mecburiyetinde olacaktır. Dolayısı ile karşı karşıya gelen çıkarları dengeleyebilmek adına, taşınmaz maliklerin mülkiyet haklarından doğan yetkilerinin sınırlandırılması gerekmektedir. Doğrudan sınırlandırma denildiğinde, komşuların karşılıklı olarak, birbirlerinin haklarını gözeterek, birtakım külfetlere katılmaları akla gelir. Örneğin, her taşınmaz maliki taşkınlıktan kaçınılmalıdır. Ama her zaman ilişkiler bu kadar dengeli değildir. Mutlaka menfaatlerden birisi üstün gelecektir³¹⁵. İşte bizi ilgilendiren sınırlandırma dolaylı yani taraflardan birine daha fazla fedakârlıkta bulunma yükümü yüklenen hallerdir.

1. İrtifak Hakkı Kurma Yükümlülüğü Nedeniyle Taşınmaz Malikinin Fedakârlığının Denkleştirilmesi

a. Zorunlu Geçit Hakkı

MK m. 747'de yer alan düzenlemede, geçidi bulunmayan taşınmaz sahibi genel yola çıkma imkânına sahip değilse, komşu taşınmaz sahiplerinden geçit hakkı sağlamasını ister. MK m. 747 uyarınca, *"Taşınmazından genel yola çıkmak için yeterli geçidi bulunmayan malik, tam bir bedel karşılığında bir geçit hakkı tanınmasını komşularından isteyebilir. Bu hak, ilk önce kendisinden bu geçidin istenmesi önceki mülkiyet ve yol durumuna göre en uygun düşen komşuya karşı ve daha sonra bundan en az zarar görecektir olana karşı kullanılır. Zorunlu geçit iki tarafın menfaati gözetilerek belirlenir."*

MK 747 çerçevesinde geçit irtifakını talep edebilmesi için, geçit isteyen malikin genel yola çıkabilmesi için yeterli geçidin olmaması, bu talebin en uygun düşen komşuya ve daha sonra ise bundan en az zarar görecektir olana

³¹⁴ Bu çerçevede "Neighborhood" kelimesi kavrama daha uygun bir karşılık oluşturmaktadır.

³¹⁵ Ulsan, *Medeni Hukukta Fedakârlığın Denkleştirilmesi İlkesi ve Uygulama Alanı*, s. 125; Fikentscher, *"Schuldrecht"*, N. 1349.

karşı kullanılması ve nihayet yükümlü taşınmaz malikine fedakârlığının karşılığında tam bir denkleştirme bedeli ödemesi gerekmektedir. Hiç kuşkusuz yüklenen taşınmaz sahibi, mülkiyet hakkına ilişkin sınırlamaya katlanmaktadır. Öte yandan ise, geçit hakkı sahibinin çıkarı üstün tutulmasına rağmen; fedakârlıkta bulunan geçit yükümlüsüne zararı oranında bir bedel ödemek zorundadır³¹⁶.

b. Zorunlu Su Hakkı

Evi, işletmesi veya arazisi için su ihtiyacı olan bir taşınmaz maliki, komşu taşınmaz sahibinden, ihtiyacından fazla olan suyu uygun bir bedel karşılığında, irtifak kurulmasını talep edebilir. MK m. 761'e göre, "Evi, arazisi veya işletmesi için gerekli sudan yoksun olup, bunu aşırı zahmet ve gidere katlanmaksızın başka yoldan sağlayamayan taşınmaz maliki, komşusundan, onun ihtiyacından fazla olan suyu tam bir bedel karşılığında almasını sağlayacak bir irtifak kurulmasını isteyebilir. Zorunlu su irtifakının kurulmasında öncelikle kaynak sahibinin menfaati gözetilir. Durum değişirse, kurulmuş irtifak hakkının değiştirilmesi veya kaldırılması istenebilir."

Hükümden de çıkarılacağı üzere, irtifakın kurulabilmesinin koşulu, yükümlünün kaynak suyu ihtiyacından fazla olmalıdır. Ayrıca irtifak isteyen kişinin suya başka kaynaklardan ulaşmasının aşırı zahmetli ve masraflı olması ve irtifakı kuracak malike tam bir bedel vermesi gerekmektedir³¹⁷.

c. Zorunlu Mecra Hakkı

Taşınmaz maliklerinin katlanmak zorunda olduğu, mülkiyet haklarının sınırlandırıldığı bir başka kurum zorunlu mecra hakkıdır. Zorunlu mecra hakkı,

³¹⁶ Oğuzman/Öz, *Eşya Hukuku*, Filiz Kitabevi, 21. Bası, 2018, s. 580-586; Lale, Sirmen, *Eşya Hukuku*, Yetkin Yayınları, 7. Bası, Ankara, 2019, s. 445; Şeref, Ertaş, *Eşya Hukuku*, Barış Yayınları, 14. Bası, İzmir, 2018, s. 419; Ulusan, *Medeni Hukukta Fedakârlığın Denkleştirilmesi İlkesi ve Uygulama Alanı*, s. 133; Turhan, Esener/Kudret, Güven, *Eşya Hukuku*, Yetkin Yayınları, 8. Bası, Ankara, 2019, s. 308; Kaneti, "Çatışan Değerlerin Tartılmasına Dayanan Hukuka Uygunluk", s. 14; Mehmet Demir, "Zorunlu Geçit Hakkı Koşulları ve Tazminatın (Tam Bedelin) Belirlenmesi Sorunu", AUHFD, 52/4 (2003), 2003, s. 218- 219.

³¹⁷ Oğuzman/Öz, *Eşya Hukuku*, s. 586-589; Esener/ Güven, *Eşya Hukuku*, s. 310; Sirmen, *Eşya Hukuku*, s. 451; Kaneti, "Çatışan Değerlerin Tartılmasına Dayanan Hukuka Uygunluk", s. 14; Y. 14. HD. T. 06. 12. 2005, E. 2005/10046, K.2005/10925, "Davacı taşınmazının suya ihtiyacı olduğu sabittir. Bu ihtiyacın öncelikle, hükümden sonra malik olduğu 4516 parselden karşılanması olanağı üzerinde durulmalıdır. Bu taşınmaz üzerinden verilecek mecra davacı aleyhine çok ağır bir külfet yüklüyor ise o zaman diğer alternatifler incelenmeli ve fedakarlığın denkleştirilmesi ilkesi gereği uygun güzergah saptanmalıdır. Mecra irtifakının özelliği gereği, üzerinden geçtiği taşınmazın zarar görmemesi için suyun hangi araç ve yöntemlerle taşınması gerektiği de incelenmeli ve kararda buna da işaret edilmelidir. Suyun taşınması yöntemine göre de genişlik saptanmalıdır".

hak sahibine şayet ihtiyacının karşılanması başka türlü mümkün değilse, bir başkasının mülkiyetine ait taşınmazın altından veya üstünden su yolu, gaz ve elektrik boruları geçirilmesi imkânı tanır. Önemli olan taşınmazdan rasyonel bir biçimde faydalanmaktır. Toprakta ekonomik bir şekilde faydalanabilme fikri karşısında, mecraya katlanan taşınmaz, mülkiyet hakkından doğan yetkilere sınırlı olarak sahip olacaktır. Çünkü komşu taşınmazın çıkarları daha önemli ve üstün kabul edilmiştir. Ne var ki bu üstünlük ancak belli kurallara uyulmasıyla tanınabilir. Bu kurallara bakıldığında, aslında mecra hakkı sahibinin çıkarının üstün tutulmasına hizmet ettiği görülür. Öncelikle mecra geçirecek kişinin, su, gaz ve elektrik gibi, madde ve enerjiyi iletecek mecraya ihtiyacı olmalıdır. Zaten üstün çıkardan bahsedebilmek için, öncelikle bir menfaatin varlığının zorunluluğu gereklidir. Öte yandan mecranın başka yerden geçirilmesi imkânsız veya masraflı olmalı ve mecra geçirecek kişi, yükümlünün uğrayacağı zararıyla tamamıyla ve peşin olarak tazmin etmiş olmalıdır. Son olarak ise mecranın geçirilmesi gereği komşuluk ilişkisinden kaynaklı olduğu için komşu kavramına girmeyen bir taşınmazın tesisatını geçirmek için MK m. 744 hükmünden faydalanması söz konusu değildir³¹⁸.

2. Taşkın Kullanıma Dayanan Denkleştirme Sorumluluğu

a. Genel Olarak

Gerek bir taşınmazın sakini olarak yerleşmiş oturan, gerek fabrika işleten veya farklı şekillerde araziden yararlanan maliklerin, çevresine zarar vermeden, her türlü taşkınlıktan kaçınarak yaşamlarını sürdürmeleri beklenir. Zira taşınmaz mülkiyetinde komşuluk ilişkilerinden doğan doğrudan mülkiyet kısıtlamalarının başında, taşkın kullanım yasağı yer alır. Komşu taşınmaz maliklerinin de bu duruma ilişkin haklı çıkarları vardır³¹⁹.

³¹⁸ Ulsan, *Medeni Hukukta Fedakârlığın Denkleştirilmesi İlkesi ve Uygulama Alanı*, s. 138-139; Ertaş, *Eşya Hukuku*, s. 417-419; Esener/Güven, *Eşya Hukuku*, s. 308; Sirmen, *Eşya Hukuku*, s. 445; Oğuzman/Öz, *Eşya Hukuku*, s. 574- 580. Y.1. HD. T. 13. 04. 2004, E. 2004/959, K. 2004/4242, "Mecra hakkı her taşınmaz maliki zararın tamamının önceden ödenmesi koşuluyla su yolu, kurutma kanalı gaz ve benzerlerine ait boruların elektrik hat ve kablolarının, başka yerden geçirilmeleri olanaksız veya aşırı ölçüde masraflı olduğu takdirde, kendi arazisinin altından veya üstünden geçirilmesine katlanmakla yükümlüdür..." Mecra irtifakı kurulması isteğine ilişkin davalarda, istemin özelliği gereği en uygun yerin aranması ilkesinin geçerli olması ve bu davalarda bir irtifak hakkı olmakla birlikte özünü komşuluk hukuku ilkelerinden almaktadır. İrtifak hakkının kurulabilmesi için öncelikle, çevre taşınmazların tamamının üzerinde irtifak hakkı kurmaya elverişli olup olmadığı incelenip, hukukun genel bir ilkesi olan fedakârlığın denkleştirilmesi ilkesi uyarınca taraf yararları da gözetilerek, en az masrafı gerektiren ve bundan da en az zarar görecektir kişi taşınmazı üzerinden bu hak kurulmalıdır".

³¹⁹ Sirmen, *Eşya Hukuku*, s. 439; Ulsan, "Çevre Kirlenmesinden Doğan Sorumlulukta Fedakârlığın Denkleştirilmesi İlkesi", s. 184- 185; Tandoğan, *Türk Mesuliyet Hukuku*, s. 202 vd.; Ulsan, "Çevre Kirlenmesinden Doğan Sorumlulukta Fedakârlığın Denkleştirilmesi İlkesi", 61- 62; Sahir Çörtoğlu,

Ne var ki zamanın geçmesiyle birlikte, iktisadi ve ekonomik sebeplerle veya şehirleşmenin artması nedeniyle, konunun çözümü bu kadar basit kalamayacak kadar karmaşıklaşmıştır. Bu durum daha ziyade EMK'nun yürürlükte iken önemli bir sorun teşkil etmiştir. EMK m. 661 ile komşuluk ilişkilerinde her türlü zarar verici faaliyet sadece yasaklanmış ve bu yasağın kapsamı "yöresel örf âdete uygun" olup olmamasına göre belirlenmiştir. Aslına bakılırsa, sözünü ettiğimiz hükümler aracılığıyla, taşınmaz malikinin mülkiyet hakkı, komşularının çıkarı karşısında sınırlandırılmıştır. Oysaki malikin mülkiyet hakkı ona oldukça geniş yetkililer veren mutlak bir haktır. Ama taşınmaz maliki çağın gereklilikleri nedeniyle toplum halinde yaşamının bir kuralı olarak bu sınırlamalara katlanmak zorundadır. Bu sebeple varılan sonuç gereği, zamanın ilerlemesi, kişileri birtakım sınırlamalara bağlı kılmış, ama teknoloji ilerlemiş, sanayi devrimi ile şehirleşme artmış iktisat ve bu sınırlamaların kapsamının yeniden belirlenmesi zorunluluğu doğmuştur. Böylece yukarıda da değindiğimiz gibi, yerel örf âdete uygun müdahalelerin dahi taşkınlık düzeyine ulaşması durumunda yalnızca müdahalenin engellenmesiyle sorunun çözülmesi güçleşmiştir. Örneğin bir sanayi kuruluşunun, her türlü teknik donanımına uygun olarak faaliyet göstermesine rağmen, bilimin gelişimine paralel önlemleri alsa dahi, çevre halkına zarar vereceği açıktır. Öbür taraftan, zarara sebebiyet vermesi nedeniyle, faaliyetin durdurulmasıyla sorunu çözmek ise çözümsüzlük getirmektedir. Sonuç olarak ağır ekonomik kayıplara yol açacaktır. Bu durum o yıllarda gerek Türk³²⁰ gerek İsviçre Hukukunda tartışılmış ve en sonunda bu durumu ne EMK m. 661 ile ne de zarar gören malikin taleplerini düzenleyen, EMK m. 656 ile dengelemenin imkânsızlığı fark edilmiştir. Federal Mahkemenin verdiği kararlarda, fedakarlığın denkleştirilmesine ilişkin bir ifade kullanılmasa da yeni bir açılım meydana getirmiştir. Böylece hükümlerdeki gerçek olmayan boşluk yargıcın müdahalesi ile ortadan kaldırılmıştır. Günümüzde ise, komşunun katlanmasına dayanan fedakarlığın denkleştirilmesi istemi MK m. 737 ile m. 730/2 uyarınca açıkça düzenlemiştir³²¹.

Taşınmaz Mülkiyetinin Aşkın Kullanılması, Ankara: 1988, s. 50-51, taşkınlıklardan ötürü taşınmaz malikinin sorumluluğu için farklı sorumluluk hallerinden bahsetmiştir.

³²⁰ Tandoğan, *Türk Mesuliyet Hukuku*, s. 207, her ne kadar özel hukuk açısından komşuluk hukukundan doğan sınırlamalar nedeniyle kişinin tazminat isteyebileceğinden bahsetmemişse de kamu hukuku açısından getirilen sınırlamalar için tazminatı mümkün görmektedir; Sahir Çörtoğlu, *Komşuluk Hukukunda Taşınmaz Mülkiyetinin Kullanılmasının Çevreye Etki ve Sonuçları*, Ankara: 1982, s. 222.

³²¹ Ulsan, "Çevre Kirlenmesinden Doğan Sorumlulukta Fedakarlığın Denkleştirilmesi İlkesi", s. 191-201; Esener/Güven, *Eşya Hukuku*, s. 303; Sirmen, *Eşya Hukuku*, 439; Ertaş, *Eşya Hukuku*, s. 415.

b. Fedakârlığı Denkleştirilmesini Gerektiren Taşkınlıklar

Taşkınlık komşu taşınmaz maliklerinin mülkiyetten doğan haklarını güçleştiren, yok eden ve bu hakka zarar veren kullanım şeklidir. Zira MK. m. 737/2 örnek niteliğinde bazılarına yer vermiştir. Bunlar, duman, buğu, toz, kurum, gürültü veya sarsıntı yapmak olarak sayılmıştır³²². Ancak çevreye rahatsızlık veren taşkınlıklar bunlarla sınırlı değildir. Ayrıca taşkınlık beşeri eylem neticesinde gerçekleşmelidir. Doğal olaylar taşkınlık olarak değerlendirilmemektedir³²³.

TMK m. 737 gereğince üç tür taşkınlık vardır. Maddi taşkınlıklar, çevrede etkisini hava, su, toprak vasıtasıyla gösteren taşkınlıklardır. Bu taşkınlıklar katı, sıvı, gaz halindeki taşkınlıklardır. İş, kurum, kanalizasyon suları, yer sarsıntısı, ışık, radyoaktif maddeler hatta GSM baz istasyonlarının yaydığı radyasyon maddi taşkınlığa örnektir. Olumsuz taşkınlık ise, hava, güneş, ışık, rüzgar, su gibi enerji kaynaklarından yararlanmayı engelleyen, manzara kapayan ya da bir işletmeye müşteri girmesini engelleyen ve müşteri kaybına neden olan taşkınlıklardır. Taşınmazın kullanılması ya da işletilmesine bağlı kişilerin ruhsal yapısını etkileyen, iç huzuru bozan taşkınlıklar ise manevi taşkınlıktır³²⁴. Bu çerçevede sözü edilen komşuları olumsuz etkileyecek fiillerin taşkınlık boyutunda olup olmadığı hususunda genel geçer bir ölçüt vermek mümkün değildir. Bir fiilin taşkınlık teşkil edip etmediği her somut olayda hakim tarafından tayin edilecek ve burada taşınmazın durumu, niteliği ve yerel adet belirleyici olacaktır. Şayet hoş görülebilecek fiiller taşkınlık olarak değerlendirilemeyeceği için komşuların katlanmasını gerektirir. Taşınmazın durumuna, niteliğine ve yerel âdete göre komşularca hoş görülebilecek nitelikte bir kullanım, artık toplum yaşantısının gereğine uygun olarak komşularca katlanmalıdır³²⁵.

Malikin MK m. 737'deki yükümlülüklerine aykırı davranmış olması, MK m. 730 uyarınca sorumluluğunu gerektirir. Bu durumda komşu maliklerin artık müdahaleye katlanmalarını gerekmez, ayrıca müdahaleye ilişkin

³²² Sirmen, *Eşya Hukuku*, s. 440; Cemal Oğuz, "Fedakârlığın Denkleştirilmesi İlkesi Uyarınca Taşınmaz Malikin Sorumluluğu", Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Sorumluluk ve Sorumluluk Hukuku Sempozyumu, 29 Mayıs, 2009, s. 212; Ulusan, "Çevre Kirlenmesinden Doğan Sorumlulukta Fedakârlığın Denkleştirilmesi İlkesi", s. 71.

³²³ Sirmen, *Eşya Hukuku*, s. 440.

³²⁴ Sirmen, *Eşya Hukuku*, s. 440;

³²⁵ Oğuzman/Öz, *Eşya Hukuku*, 565; Sirmen, *Eşya Hukuku*, s. 441-442; Ertas, *Eşya Hukuku*, 416; Esener/Güven, *Eşya Hukuku*, s. 304.

tedbirler alabilecektir. Malike karşı eski hale getirmek, zarar tehlikesini gidermek ve doğmuş zararı tazmin etmek zorundadır³²⁶.

Taşkınlık yerel adete uygun ve kaçınılmaz olduğunda ise, hukuka aykırı değildir, ancak bu durumda bu taşkınlık fedakarlığın denkleştirilmesi ilkesi gereğince tazmin edilecektir³²⁷. Burada hoş görü sınırını aşmakla birlikte

³²⁶ Oğuzman/Öz, *Eşya Hukuku*, s. 569; Oğuz, “*Fedakarlığın Denkleştirilmesi İlkesi Uyarınca Taşınmaz Malikinin Sorumluluğu*”, s. 213; Çörtoğlu, “*Taşınmaz Mülkiyetinin Aşkın Kullanılması*”, s. 223.

³²⁷ Sirmen, *Eşya Hukuku*, s. 442; Y. 4. HD, T. 05.06.1984, E. 1984/4718, K. 1984/5416 “Karar: davacı taraf, nohut ektiği tarlasının yakınında davalı Ş.’un tahıl tarlası bulunduğunu, öteki davalıya uçakla ilaçlatma sonucu ürününün zarar gördüğünü bildirerek her iki davalıdan belirttiği zararının giderilmesini istemiştir. Davalılar, davacının zararının ilaçlamadan değil, antraknos hastalığından kaynaklandığını savunmuşlardır. Davacı tarafın, davalıların giyaplarında yaptırdıkları delil tespitinde bilirkişi zararı ilaçlamaya; davalıların da aynı biçimde yaptırdığı delil tespitine bir başka bilirkişi zararı anılan hastalığa bağlamışlar; mahkemece keşfte dinlenen bilirkişi ise önceki raporlara dayanmaksızın ilaçlama yapılmışsa zararın ondan doğmuş olabileceğini bildirmiş ve iddia tutarını doğrulamıştır. Yerel mahkemece, bu delillerle dava, kabul edilmiştir. İlkın, zararın ilaçlamadan mı yoksa antraknos hastalığından mı kaynaklandığı kesinlikle saptanmış değildir. Öncelikle bu konunun açığa kavuşturulması gerekir. Birbirleriyle çelişkili bilirkişi raporları bulunduğu göre yetenekli kişilerden oluşan bir kurula durum incelettirilmeli, kuşkuları geredecek biçimde önceki raporların elştirileri sağlanmalıdır. Diğer yandan davanın yasal dayanağı taşınmazın maliki Şeyhmus bakımından MK.nun 656, 661. maddeleri, uçak sahibi diğer davalı K. bakımından ise BK.nun 41. maddesidir. O halde, her şeyden önce bu maddelerin uygulama koşullarının tespiti zorunludur. Anılan maddelerden 656 ve 661. maddeler taşınmaz malikinin sorumluluğu ile ilgilidir ve bu sorumluluk kusura dayalı değildir. Ne var ki, kusur dışında kalan diğer sorumluluk unsurlarının gerçekleşmesi gerekir. MK.nun 656. maddesinin tatbik edilebilmesi için taşınmaz malikinin mülkiyet hakkını aşması, diğer deyişle mülkiyet hakkı kullanırken hukuk düzenince bu hakka konulmuş olan sınırlamalara aykırı hareket edilmiş olması gerekir. Bu sınırın aşıp aşılmadığı her somut olayda, yasa hükümleri, mahalli örf ve adet gözönünde bulundurularak belirlenmelidir. Değerli azınlık yazısında belirtilen zararın varlığı halinde mülkiyet hakkının sınırının aşıldığı ve hukuka aykırılık unsurunun üzerinde durulması gerekmediği yolundaki görüş, çoğunlukça benimsenememiştir. O halde, mahkemece davalı Şeyhmus bakımından yapılacak iş, somut olayın özellikleri gözönünde tutularak mülkiyet hakkının kullanılma sınırının aşıp aşılmadığı ve özellikle zararın tümünün ya da bir bölümünün ilaçlamadan meydana geldiği sonucuna ulaşırsa uçakla ilaçlama yapıldığına göre komşuya zarar vermeden sirt ilaçlaması ya da öteki tekniklerden yararlanma olanağı bulunup bulunmadığı üzerinde durularak davalıların önlenmesi mümkün olan bir zarara meydan vermektan kaçınma biçiminde taşkınlıkların var olup olmadığı, diğer davalı bakımından ise BK.nun 41. maddesindeki unsurların gerçekleşip gerçekleşmediğinin tespiti şeklinde olmalıdır. Yerel mahkemece tüm bu yönler eksik bırakılarak davanın kabulü bozmayı gerektirir.

Sonuç: Temyiz olunan kararın gösterilen nedenlerle davalılar yararına BOZULMASINA, bozma nedenine göre öteki yönlerin incelenmesine şimdilik yer olmadığına ve peşin alınan harcin istek halinde geri verilmesine, 5.6.1984 gününde oyçokluğuyla karar verildi. (KARŞI OY YAZISI) Taşınmaz malikine tanınan yetki sonucu komşu taşınmaz malikinin katlanma yükümlülüğü, onun açısından ağır bir fedakarlık teşkil edeceğini; ancak mülkiyetin doğrudan doğruya sınırlanmasına yarayan normlardan farklı olarak, dolaylı sınırlamalarda katlanma yükümü altına giren taşınmaz malikinin, bu katlanmadan doan zararının karşılanması zorunlu olacağı) olgusu benimseyerek sonuca varılmıştır. Biz bu görüşün Türk Pozitif Hukukunda kabul edilmesinin yararına inanmaktayız. Görülüyor ki, istek maddenin ve kusursuz sorumluluk ilkesinin getiriliş amacından hareketle hukuka aykırılığı (zararlı sonucun niteliği olarak) kabul ederek; istenirse İsviçre hukukunda olduğu gibi kanun boşluğunu doldurmak veya Ulusan'ın ileri sürdüğü gibi (Fedakarlığın denkleştirilmesi) yoluyla bir yargıya varılırsın

komşuların katlanmasını gerektiren bir müdahale vardır. Bunun yanında komşular bu fedakârlıkları karşılığında uygun bir denkleştirme bedeli alacaktır. Müdahalenin kaçınılmaz olup olmadığını, hâkim tespit ederken nimet- külfet dengesini dikkate almalı; bu faaliyetle ne yarar sağlanacağını, faaliyetin ekonomik getirilerini, gerekli tedbirlerin maliyetini ve komşuların göreceği zararı göz önünde bulundurmalıdır³²⁸.

c. *Denkleştirme Bedelinin Tespiti*

Denkleştirme bedelinin tespiti, hakim tarafından komşular arasındaki ortak yaşamın niteliğine ve yörenin özelliklerine dayanarak belirlenecektir. Taşkınlığa katlanan kişiler açısından olay değerlendirildiğinde, bu değerlendirme objektif esaslara bağlı olarak yapılmalıdır. Ne hassas ne de aşırı duyarsız bir kişinin tepkisi ölçüt olarak³²⁹. Bununla birlikte yerel adet konutların bulunduğu bölgenin sanayi bölgesi olması ya da tam tersi hallerde değişiklik gösterebileceğinden, bu durumlarda dikkate alınmayacaktır³³⁰

Yargıtay, denkleştirme ücretini belirleme bağlamında, TBK m. 51'e dayanarak zararın tazmininde fark teorisini işletmeyi uygun bulmuştur. Buna göre, taşınmazın taşkınlık gerçekleşmeden önceki hali ile taşkınlığın gerçekleşmesinden sonraki hali arasındaki değer farklı belirlenecektir. Örneğin tarıma ihdas edilmiş bir arazi üzerinde, artık tarım yapmak mümkün değilse, o zaman o arsanın saf değeri ile eskiden tarıma elverişli haliyle var

sonuç aynıdır: Zarar görenin korunması. Türk Hukuk Sisteminde dairemizin bu görüşü kabul edilecek ve uygulanacak olursa komşuluk hukukundan doğan zararların giderilmesi alanı giderek daralacaktır. Özellikle şimdiki kadar Fabrika bacalarından çıkan (davranış hukuka uygundur) artıkların meydana getirdiği zararların ödetirilmesine ilişkin dairemizin kararlarını izah etmek zorlaşacaktır. Nitekim çimento fabrikaları işletilmesi, tamamen hukuk düzenine uygun olarak yapılmaktadır. Teknik önlemlerle zarar azaltılsa bile tamamen kaldırılması mümkün olmadığı bilinmektedir. Kaldı ki bu olaylarla ilgili kararlarımızda hukuka aykırılık durumu açık tartışılmamıştır (Bkz. Tandoğan age.s.199 dipnot 41). Bu nedenlerle, mahkeme kararını sorumluluğu daraltır şekilde bozan, dairemiz sayın çoğunluğunun oluşturduğu karara (taşınmaz maliki davalının sorumluluğu ile sınırlı) katılamıyorum. Mahkeme kararı onanmalı veya en azından (zararın geliş biçimi açısından) BK.nun 43. maddesinin uygulanması yönünden bozulmalıydı. (Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programları).

³²⁸ Çörtoğlu, "Taşınmaz Mülkiyetinin Aşkın Kullanılması", s. 223-225.

³²⁹ Ulusan, *Medeni Hukukta Fedakârlığın Denkleştirilmesi İlkesi ve Uygulama Alanı*, s. 173- 174; Ulusan, "Çevre Kirlenmesinden Doğan Sorumlulukta Fedakarlığın Denkleştirilmesi İlkesi", s. 71- 72; Oğuz, "Fedakarlığın Denkleştirilmesi İlkesi Uyarınca Taşınmaz Malikinin Sorumluluğu", s. 215.

³³⁰ Sirmen, *Eşya Hukuku*, s. 442.

olan değeri arasındaki farka göre tazminat belirlenecektir³³¹. Elbette hükmedilen değer şeyin gerçek ve tam değerini aşamaz³³².

Yargıtay davacının zarar miktarını kısmen de olsa engelleme imkânı olduğu hallerde³³³, davacı tüm çabasına rağmen zararı bertaraf edemiyorsa, ancak o zaman tazmin ettirebileceğini kabul etmiştir³³⁴. Ancak öğretide konuya ilişkin tartışmalar gecikmemiştir. Tartışmanın odak noktası ise, hukuka uygun kusursuz bir müdahalenin varlığına rağmen, haksız fiile yollama yapılması ve bu durumun fedakarlığın denkleştirilmesi ilkesinin özüne uygun düşmediği yolundadır³³⁵.

d. Çevre Kanunundan Doğan Sorumluluk ile Fedakârlığın Denkleştirilmesi İlkesine Dayanan Sorumluluğun Bağdaştırılması Sorunu

Taşınmaz malikinin taşınmazı taşkın kullanma yasağına paralel bir başka yasal düzenleme Çevre Kanunu'nda mevcuttur. Söz konusu düzenlemenin 28. maddesi, “Çevreyi kirletenler ve çevreye zarar verenler sebep oldukları kirlenme ve bozulmadan doğan zararlardan dolayı kusur şartı aranmaksızın sorumludurlar” diyerek çevreyi kirletenin

³³¹ Y. 4. HD. T. 03.03.1980, E. 9629, K. 2717, Ulusan, “Çevre Kirlenmesinden Doğan Sorumlulukta Fedakarlığın Denkleştirilmesi İlkesi”, s. 68.

³³² Y. 4. HD. T. 29.12.1978, E. 1978/3173, K. 1978/15053, “Komşuluğun gereği olarak beliren çevre etkilerine komşu taşınmaz maliki ilke olarak katlanma yükümü altındadır. Ancak, bu etkiler aşırı bir düzeye ulaştığında ya da taşkınlık niteliği arz ettiğinde, komşu taşınmaz maliki bu taşkınlıklara yasal yollardan karşı koyma yetkisi kazanır. Hâkim, her somut olayın özelliğini, yani taşınmazın yerini, niteliğini, yöresel örf ve âdet kurallarını gözeterek komşuların birbirine göstermekle yükümlü oldukları tahammülün sınırını, dolayısıyla bir taşkınlığın var olup olmadığını saptamak, çıkar çatışmalarını çözümlemek ve olaya en uygun düşecek şekilde fedakarlığı denkleştirmekle yükümlüdür. Bir taşınmazın, fabrika bacalarından çıkan çimento tozları yüzünden ekonomik değerini tamamen yitirmesi halinde uğranılan zarar, hiçbir zaman taşınmazın gerçek sürüm değerini geçemez”.

³³³ Y. 4. HD. T. 28.09.1999, E. 1998/3589, K. 1998/7213, “Davacıya ait bina (7) yaşında olup, olay gününe kadar bir zarar görmemiştir. Bina, davalının açtığı çukura doğru yıkılmıştır. Davalı, temel çukurunu açtıktan sonra temel betonunu ve iki taşınmaz arasına perde beton atmamış, temeli ham vaziyette (5) ay boyunca başıboş bırakmıştır. Bunun sonucunda aşırı yağışlarla dolan çukurdaki sular, davacı binasının altına nüfus ederek toprağın gevşemesine ve binanın yıkılmasına sebep olmuştur. Mahkemece, olaya uygun düşen ilk bilirkişi kurulu esas alınması yerine son raporun benimsenerek hüküm kurulmuş olması yanlıştır. Öte yandan davacıya ait binanın yapılışındaki teknik noksanlıklar BK m. 44 gereğince ancak, tazminattan bir indirim nedeni olabilir”, Kılıçoğlu, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, s. 416.

³³⁴ Bu konuda Karahasan aksi görüş ileri sürmüştür. Karahasan'a göre fark teorisini kullanmak mümkün değildir. Verilecek karar fedakarlığın denkleştirilmesine ilişkin bir giderim olmalıdır. Eğer tarım faaliyeti yürüten bir taşınmazın değerindeki kayıp, taşınmazın değerine değil de toprakta tarımın artık hiç yapılamamasından ötürü, sürekli gelir kaybına ilişkin olmalıdır. Öte yandan kısmen tarım toprağının niteliğini yitirdiği hallerde, belirli oranda gelir kaybına yönelik bir tazminata hükmedilmelidir. Ayrıntılı açıklama için bkz. Karahasan, *Sorumluluk ve Tazminat Hukuku*, s. 455.

³³⁵ Ulusan, “Çevre Kirlenmesinden Doğan Sorumlulukta Fedakarlığın Denkleştirilmesi İlkesi”, s. 71.

sorumluluğunu, kusursuz sorumluluk, temelinde düzenlemiştir. Temelinde hukuka aykırı bir müdahale nedeniyle oluşan bir sorumluluk olduğu için, objektif sorumluluk söz konusudur. Bu da *Oğuzman/Öz*'e göre, olsa olsa çevrenin kirletilmesine sebep olmaktan dolayı kusursuz sorumluluktur³³⁶.

Bu çerçevede yerel adete uygun fakat kaçınılmaz kirletilmeler açısından ise fedakârlığın denkleştirilmesine dayanan bir sorumluluk gündeme gelecektir. Zira mevcut durumda mazur görülen, kaçınılmayan ve çıkar çatışmaları açısından üstün tutulan bir müdahale olduğu düşünülürse; denkleştirme sorumluluğuna gitmek hiç de imkânsız olmaz. Ulusan'da "Gerçekten söz konusu sorumluluk hükmünün yapısından yasa koyucunun belirli bir sorumluluk ilkesi benimsenmeden, durumun özelliğine göre kusur, tehlike ve fedakârlığın denkleştirilmesi sorumluluk ilkelerinin dolduracağı bir çerçeve normu tercih ettiği anlaşılmalıdır" diyerek hem tehlike³³⁷ sorumluluğuna hem de fedakârlığın denkleştirilmesine gidilebileceğini kabul etmiştir³³⁸.

3. *Takip Haklarından Doğan Fedakârlığın Denkleştirme Sorumluluğu*

MK m. 752'de düzenlenen müessese, su, rüzgâr, çığ ve bunun gibi doğal güçlerin etkisiyle veya tesadüfle başkasının arazisine taşınmış, büyük ve küçükbaş hayvan, arı oğulları, balık, kanatlı hayvanların zilyet veya maliki tarafından, taşınmaz içerisinde serbestçe aranabileceğini hükme bağlamıştır. Bu durumda taşınmaz sahibi, aramaya müsaade etmek zorundadır. Hükmün uygulanabilmesi için, taşınır bir malın, su, rüzgar, çığ ya da diğer doğal güçlerin etkisiyle veya hayvanların kaçması ya da uçması gibi rastlantı sonucunda başkasının arazisine düşmüş veya girmiş olması gerekmektedir. Malikin veya zilyedin taşınırın başka araziye girip sürüklenmesinde kusuru varsa, arazi sahibinin aramaya izin verme yükümlülüğü yoktur. Arazi sahibi, araziye girilmesi ve sürüklenen veya kaçan şeyin alınması nedeniyle uğradığı zararı denkleştirme bedeli olarak talep edebilecektir. Diğer bir deyişle taşınmaz malikinin gösterdiği fedakârlık, uygun bir bedel karşılığında denkleştirilecektir. Denkleştirme bedelinin temin edilebilmesi için, arazi malikine MK m. 752/II uyarınca hapis hakkı tanınmıştır. Fakat hapis hakkı kapsamında araziye giren veya sürüklenen şeyler satılamamaktır³³⁹.

³³⁶ Oğuzman/Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, s. 227.

³³⁷ Larenz/Canaris, § 84, s. 638.

³³⁸ Ulusan, "Çevre Kirlenmesinden Doğan Sorumlulukta Fedakârlığın Denkleştirilmesi İlkesi", s. 75.

³³⁹ Sirmen, *Eşya Hukuku*, s. 454; Ertaş, *Eşya Hukuku*, s. 422; Ulusan, *Medeni Hukukta Fedakârlığın Denkleştirilmesi İlkesi ve Uygulama Alanı*, s. 152; Fikentscher, "Schuldrecht", N. 1349; Rinne, Manfred Eberhard, *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, München, 2004, §963.

SONUÇ

Kişiler arasındaki ilişkilerin bazı hallerde oldukça esnek olmaları sebebiyle, çıkarlarını dengelemek veya başka bir deyişle hukuka uygunluğuna karar vermek oldukça zordur. Çoğu zaman olayın özelliklerine göre karar verilmeli ancak o halde bile net bir sonuca varmak imkânsızdır. Bilhassa üstün bir çıkar söz konusu olduğu için hukuka uygun olan bir müdahalede, daha zayıfta olsa müdahaleye maruz kalan kişinin de menfaatinin zarar gördüğü durumların üzerinde durulmalıdır. İşte bu zararın tazmininde, fedakarlığın denkleştirilmesi ilkesinin fonksiyonu tartışmasızdır. Öğreti ve Yargı kararları tarafından, hakim görüş tarafından benimsenmiş olan bu kurum, mevcut Medeni Kanun ve Borçlar Kanunu Hükümlerince de yasal bir boyut kazanmıştır. Bu çerçevede TBK m. 71/IV hükmü gereğince fedakârlığın denkleştirilmesi ilkesinin genel bir düzenlemeye kavuşturulduğu ilişkin tartışmalar mevcut olsa da hakim görüş bu düzenlemenin söz konusu ilkenin uzağında olduğu ve böyle bir düzenlemenin tehlike sorumluluğuna ilişkin bir hükmün içinde yer alamayacağı noktasında yoğunlaşmaktadır. Mevcut düzenlemeler çerçevesinde fedakârlığın denkleştirilmesi ilkesine ilişkin birçok hüküm genel ve özel kanunlarda yer alırken, kamu hukuku ve özel hukuk kapsamında uygulama alanı bulduğu görülmektedir. Fakat hukuk kurallarının zamanın ihtiyaçları karşısında, ihtiyaca kolayca cevap verebilmesi adına, fedakârlığın denkleştirilmesi ilkesinin genel olarak bir düzenlemeye kavuşması şarttır. Böylece şartları ve denkleştirme bedelinin nasıl belirleneceğine ilişkin kuralların konulmasıyla, denkleştirmeye ilişkin ihtiyaç duyulacak her durum bakımından yasal dayanağı ve uygulama alanı netleştirilmiş olacaktır.

KAYNAKÇA

- Akkurt, Sinan Sami, Kemal, Erdoğan, Hüseyin, Tokat. *Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, Özel Hükümler*. Ankara: Seçkin Yayınevi, 2021.
- Altop, Atilla. "Türk Borçlar Kanunu Tasarısında Yer Alan Bazı Önemli Yenilikler ve Değişiklikler". İKU Hukuk Fakültesi Dergisi, 4/1-2 (Aralık 2005), s. 14.
- Antalya, Gökhan. *Borçlar Hukuku Genel Hükümler C.I*. İstanbul: Beta Yayınları, 2012.
- Aşcıoğlu, Çetin. *Trafik Kazalarında Hukuki Sorumluluk ve Tazminat Davaları*. Ankara: 1989.
- Çörtoğlu, Sahir. *Taşınmaz Mülkiyetinin Aşkın Kullanılması*. Ankara: 1988.
- Çörtoğlu, Sahir. *Komşuluk Hukukunda Taşınmaz Mülkiyetinin Kullanılmasının Çevreye Etki ve Sonuçları*. Ankara: 1982.
- Demir, Mehmet. "Zorunlu Geçit Hakkı Koşulları ve Tazminatın (Tam Bedelin) Belirlenmesi Sorunu". AUHFD, 52/4 (2003), 2003, s. 218- 219.
- Çelik, Ahmet Çelik. "Hekimlerin ve Sağlık Görevlilerinin Çalışma Koşulları ve Korunmaları". Terazi Hukuk Dergisi, C. 17, Sayı: 188, Nisan 2022, s. 126-135.
- Eberhard Manfred, Rinne. *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*. München: 2004.
- Eren, Fikret. *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*. Ankara: Yetkin Yayınları, 2015.
- Ertaş, Şeref. *Eşya Hukuku*. 14. Bası, İzmir: Barış Yayınları, 2018.
- Esener, Turhan, Kudret, Güven. **Eşya Hukuku**. 8. Bası, Ankara: Yetkin Yayınları, 2019.
- Deutsch, Erwin. *Haftungsrecht Bd.1, Allgemeiner Teil*. Köln: 1976.
- Hatemi, Hüseyin, Emre, Gökyayla. *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*. 4. Bası, İstanbul: Vedat Yayıncılık, 2017.
- Kaya, Asım. "Taşınmaz Malikinin Sorumluluğu". Terazi Hukuk Dergisi, C. 11, Sayı: 113, Ocak 2016, s. 47-56.
- Kılıçoğlu, Ahmet. *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*. 22. Bası, Ankara: 2018.
- Kılıçoğlu, Mustafa. *Sorumluluk Hukuku C. I*. Ankara: Turhan Kitabevi, 2002.
- İnan, Ali Naim, Özge, Yücel. *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*. 4. Bası, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2014.
- Kramer, Ernst. *Obligationenrecht Allgemeiner Teil*. Basel: 2009.
- Larenz, Karl/ Wilhelm, Canaris, Claus. *LehrBuch Des Schuldrechts*. München: 1994.
- Oğuzman, M. Kemal, Turgut Öz. *Borçlar Hukuku Genel Hükümler C. II*. 16. Bası, İstanbul: 2021.
- Oğuzman, M Kemal, Turgut Öz. *Eşya Hukuku*. 21. Bası, İstanbul: Filiz Kitabevi, 2018.
- Oğuz, Cemal. "Fedakarlığın Denkleştirilmesi İlkesi Uyarınca Taşınmaz Malikinin Sorumluluğu". Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Sorumluluk ve Sorumluluk Hukuku Sempozyumu, 29 Mayıs, 2009, s. 212.
- Ozanemre, Yayla, Tolunay. *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*. 4. Bası, Ankara: Seçkin Yayınları, 2023.
- Önok, Murat, Işık, Önay. "Hukuk Düzeninin Birliği İlkesi Çerçevesinde Zorunluluk Hâlinin Hukukî Niteliği". C. 77, S. 2, İstanbul Hukuk Mecmuası, s. 847-895.

- Özel, Çağlar. "Türk Özel Hukukunda Sözleşme Dışı Sorumluluk Olgularına Genel Bakış". Hacettepe Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi, Cilt 18, Sayı 2, 2000, s.415-432.
- Uluslan, İlhan. "Çevre Kirlenmesinden Doğan Sorumlulukta Fedakarlığın Denkleştirilmesi İlkesi". YD, C. 12 S.1-2, S. 57-76.
- Uluslan, İlhan. "Alman Kamu Hukukunda Fedakarlığın Denkleştirilmesi İlkesi". İÜHFİM, 43/1-4 (1979), s. 101- 123.
- Uluslan, İlhan. *Medeni Hukukta Fedakârlığın Denkleştirilmesi İlkesi ve Uygulama Alanı*. İstanbul: 1977.
- Uluslan, İlhan. "Gefährdungshaftung in Entwurf Des Türkischen Obligationengestzbuches". 80 Jahre Türkisches ZGB, 2006, Von Büren, Ronald/ Emmenegger, Susan/ Koller, Thomas, Staempfli Verlag, AG, Bern: 2007.
- Uluslan, İlhan. "Türk Borçlar Kanunu'nda Yer Alan Genel Tehlike Sorumluluğu Kuralına İlişkin Birkaç Tespit ve Hukuk Düzeni Tarafından Faaliyetine İzin Verilmiş Önemli Ölçüde Tehlike Arzeden İşletmelerin Yol Açtığı Zararların Uygun Bir Bedelle Denkleştirilmesi Sorunu". Yaşar Üniversitesi E-Dergisi, 8/Özel 2013, s. 2902-2905.
- Ural Çınar, Nihal. "Borçlar Kanunu'nda ve Borçlar Kanunu Tasarısında Düzenlenen Kusursuz Sorumluluk Halleri Arasındaki Farklar". İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 1 (Ocak 2007) Y.6, s. 84.
- Schwenzer, Ingeborg. *Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil*. Bern: 2006.
- Sirmen, Lale. *Eşya Hukuku*. 7. Bası, Ankara: Yetkin Yayınları, 2019.
- Sütken, Elvan, Sütken. "Medeni Hukukta Fedakârlığın Denkleştirilmesi İlkesinin Taşınmaz Mülkiyetinin Kısıtlamaları ile İlgili Olarak Uygulandığı Bazı Durumlar". Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 4, Sayı: 2, Aralık 2009, s. 109-131.
- Tandoğan, Haluk. *Kusura Dayanmayan Sözleşme Dışı Sorumluluk Hukuku*. Ankara: 1981.
- Tandoğan, Haluk. *Türk Mesuliyet Hukuku*. İstanbul: 2010.
- Tiftik, Mustafa. *Türk Hukukunda Tehlike Sorumluluklarının Genel Kural ile Düzenlenmesi Sorunu*. 2. Bası, Ankara: 2005.
- Tütüncü, Muharrem. "İşverenin İş Kazalarından Doğan Sorumluluğu Bakımından Fedakarlığın Denkleştirilmesi İlkesinin Uygulama Alanının Değerlendirilmesi". İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 15, Sayı: 2, Temmuz 2016, s. 757-780.
- Von Dam, Cees. *European Tort Law*. Oxford: 2005.

KİŞİSEL VERİLERİN KORUNMASI KAPSAMINDA HUKUK MAHKEMELERİNDE DURUŞMANIN KAYIT VE YAYIN YASAĞI

Doç. Dr. Aziz Serkan ARSLAN

Kırıkkale Üniversitesi Hukuk Fakültesi,
Medeni Usul ve İcra İflâs Hukuku Anabilim Dalı

ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-7703-3044>,
azizserkanarslan@hotmail.com

Geliş Tarihi | Received: 15.10.2023

Kabul Tarihi | Accepted: 02.01.2024

İntihal: Bu makale, en az iki hakem tarafından incelendi ve intihal içermediği teyit edildi.

Plagiarism: This article has been reviewed by at least two referees and scanned via a plagiarism software.



Bu eser Creative Commons Atıf-GayriTicari 4.0 Uluslararası Lisansı ile lisanslanmıştır.

Atıf | Citation:

Arslan, Aziz Serkan. "Kişisel Verilerin Korunması Kapsamında Hukuk Mahkemelerinde Duruşmanın Kayıt ve Yayın Yasağı". MHD. 1/1 (2024), s.123-136.

Yazar Beyanı

Mali Destek: Yazar, bu çalışmanın araştırılması, yazarlığı veya yayınlanması için herhangi bir finansal destek almamıştır.

Yazarların Katkıları: Bu makale yazar tarafından tek başına hazırlanmıştır.

Çıkar Çatışması/Ortak Çıkar Beyanı: Yazar tarafından herhangi bir çıkar çatışması veya ortak çıkar beyan edilmemiştir.

Etik Kurul Onayı Beyanı: Çalışmanın herhangi bir etik kurul onayı veya özel bir izne ihtiyacı yoktur.

Araştırma ve Yayın Etiği Bildirgesi: Yazar, makalenin tüm süreçlerinde MHD'nin bilimsel, etik ve alıntı kurallarına uyduğunu ve verilerde herhangi bir tahrifat yapmadığını, karşılaşılabilecek tüm etik ihlallerde MHD'nin ve editör kurulunun hiçbir sorumluluğunun olmadığını ve bu çalışmanın MHD'den başka hiçbir akademik yayın ortamında değerlendirilmediğini beyan etmektedir.

Author's Declaration

Financial Support The author, has not received any financial support for the research, authorship, or publication of this study.

Authors' Contributions This article was prepared by the author alone.

The Declaration of Conflict of Interest/Common Interest No conflict of interest or common interest has been declared by the author.

The Declaration of Ethics Committee Approval The study doesn't need any ethics committee approval or any special permission.

The Declaration of Research and Publication Ethics The author declares that she complies with the scientific, ethical, and quotation rules of MHD in all processes of the paper and that she does not make any falsification of the data collected. In addition, she declares that Civil Law Review and its editorial board have no responsibility for any ethical violations that may be encountered, and that this study has not been evaluated or published in any academic publication environment other than Civil Law Review.

KİŞİSEL VERİLERİN KORUNMASI KAPSAMINDA HUKUK MAHKEMELERİNDE DURUŞMANIN KAYIT VE YAYIN YASAĞI

Öz

Tarihin hiçbir döneminde görülmediği kadar hızlı bir değişim içerisinde olan teknolojik gelişmeler yargılama alanda da pek çok olumlu yönde yeniliklere fırsat sunmuştur. Özellikle internetin ortaya çıkışıyla birlikte bilgiye ulaşım kolaylaştığı gibi şehirler arası mesafeler sorun olmaktan çıkmış, kişiler arasında daha sağlıklı iletişim imkanları doğmuştur. Bu durum yargılamanın taraflarına ve vekillere önemli zaman ve masraf tasarrufu sağlamış, yargılamanın daha ucuz ve hızlı olmasına katkı sunmuştur. Neticeten adil bir yargılamanın temel gereksinimlerinden olan usul ekonomisi gibi yargılama ilkelerinin uygulanması kolaylaşmıştır.

Dijitalleşme ve teknolojik gelişimin medeni yargılama hukukuna sunduğu katkılar kabul edilmekle bazı sorunlara da neden olduğu bir gerçekliktir. Bu sorunlardan biri de HMK m.153'te düzenlenen ''Kayıt ve yayın yasağı'' başlıklı hüküm gereğince 'duruşma sırasında fotoğraf çekilemez ve hiçbir şekilde ses ve görüntü kaydı yapılamaz.' kuralının ihlal edilmesinin kolay hale gelmesidir. Teknolojik gelişmeler özellikle cep telefonlarının ve benzer cihazların kayıt kapasitesini ve kalitesini artırdığı gibi, bu cihazlara yüklenmiş olan sosyal medya uygulamaları hukuka aykırı olarak elde edilen bu kayıtların üçüncü kişilerle paylaşılmasını ve yayınlanmasını çok basit hale getirmiştir. Hukuka aykırı şekilde duruşmanın kayıt ve yayın yasağının ihlal edilmesi hem HMK hem de TCK kapsamında müeyyideye bağlanmış olmakla birlikte Kişisel Verilerin Korunması Kanununa da aykırılık teşkil edecektir.

Anahtar Kelimeler: Duruşma, Kayıt ve Yayın Yasağı, Dijitalleşme, Kişisel Veri, Teknoloji

PROTECTION OF PERSONAL DATA WITHIN TO RECORDING AND BROADCASTING PROHIBITION OF HEARINGS IN CIVIL COURTS

ABSTRACT

Technological developments, which are changing more rapidly than ever before in history, have provided opportunities for many positive innovations in the field of judiciary. Especially with the emergence of the internet, climate and transportation have become easier, distances between cities are no longer a problem, and healthier communication opportunities are created between people. This has contributed to significant time and expense savings for the judiciary and attorneys, as well as making the trial cheaper and faster. As a result, it has become easier to see that the trials are fair, such as the procedural economic principle, which is one of the basic conditions of a fair trial.

Although the contributions of digitalization and technological developments to civil law are accepted, it is also a reality that they have a significant impact on some issues. One of these problems is making it easier to violate the rule titled "Recording and publication ban" regulated in Article 153 of the Civil Code, stating that "photographs cannot be taken during the hearing and no audio or video recordings can be made in any way." Technological developments, especially the recording range and limits of mobile phones and the like, have increased, and the social media applications installed on these devices have made it very easy to share and publish these illegally obtained records with third parties. Violation of the prohibition of recording and broadcasting the hearing in an unlawful manner will constitute a violation of the Personal Data Protection Law, as well as sanctions under both the Civil Code and the Turkish Penal Code.

Keywords: Trial, Recording and Publication Prohibition, Digitalization, Personal Data, Technology

GİRİŞ

Duruşma genel olarak mahkeme tarafından belirlenen günde, duruşma salonunda tarafların yoklaması ile başlayıp, hâkim ya da hakimlerin huzuru, zabıt katibinin katılımıyla, doğrudanlık ilkesi çerçevesinde kural olarak ara verilmeksizin, aleni ve sözlü şekilde cereyan eden, delillerin ikame edilip tartışılması suretiyle gerçeğe ulaşılmaya çalışılan en önemli yargılama kesitidir³⁴⁰. Yargılamanın bu önemli kesitinin adil yargılama ilkesine uygun bir şekilde düzen içerisinde gerçekleşebilmesi için kanun koyucu bazı tedbirler almıştır. Bu bağlamda 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 153. maddesinde kaleme alınan 'Kayıt ve yayın yasağı' başlığı altında duruşma sırasında fotoğraf çekilemeyeceğini ve hiçbir şekilde ses ve görüntü kaydı yapılamayacağı, ancak dava dosyasında saklı kalmak kaydıyla, yargılamanın zorunlu kıldığı hâllerde, mahkemece çekim yapılabileceği ve kayıt alınabileceği düzenlemiştir. Bu şekilde yapılan çekim ve kayıtlar ile kişilik haklarını ilgilendiren konuları içeren dava dosyası içindeki her türlü belge ve tutanakların, mahkemenin ve ilgili kişilerin açık izni olmadıkça hiçbir yerde yayımlanamayacağı da hüküm altına alınarak duruşma sırasında bu yasağa aykırı davranan kişiler hakkında HMK m.151 hükmünün uygulanacağı belirtilmiştir. Bunun yanında duruşmada kayıt ve yayın yasağına aykırı davranan kişi hakkında, ayrıca Türk Ceza Kanunu'nun 286. maddesi hükmünün de uygulanacağı açıkça ihtar edilmiştir³⁴¹.

Kanun koyucuyu HMK m.153'te duruşmanın kayıt ve yayın yasağı maddesini düzenlemeye iten sebep kanun gerekçesinde şu şekilde ifade edilmektedir. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 10. maddesinin ikinci fıkrasında "Herkes görüşlerini açıklama ve anlatım özgürlüğüne sahiptir. Bu hak, ... haber veya fikir almak ve vermek özgürlüğünü de içerir... bu özgürlükler, demokratik bir toplumda, zorunlu tedbirler niteliğinde olarak... yargı gücünün otorite ve tarafsızlığının sağlanması için yasayla... sınırlamalara ve yaptırımlara bağlanabilir." biçiminde ifade edilen kural uyarınca ve birçok batı ülkeleri kanunlarında olduğu gibi, madde ile, yargılamanın selametini sağlamak, tarafları teşhir etmemek ve özellikle hâkim ve tanıkları etki altında bırakma girişimlerinin önüne geçmek istenmiştir. Yargı bağımsızlığı, fertlerin adil yargılanma ve kişilik hakları ile basın özgürlüğü ve haber alma hakkı arasında bir denge kurulmuş,

³⁴⁰ Murat Atalı, İbrahim Ermenek ve Ersin Erdoğan, *Medeni Usûl Hukuku*, 4. Baskı, Ankara: Yetkin Yayınları, 2021, s. 437.

³⁴¹ Hakan Pekcanıtez, Muhammet Özekes, Mine Akkan ve Hülya Taş Korkmaz, *Medeni Usûl Hukuku*, C.2, 15. Bası, İstanbul: Oniki Levha Yayıncılık, 2017, s. 1352.

duruşmada ses ve görüntü kaydı yasaklanmış; basın özgürlüğü ve haber alma hakkı, özüne dokunulmamak kaydıyla sınırlandırılmıştır. Hemen şu ifade edilmelidir ki; gizli oturumlar dışında, basın mensupları, diğer kişiler gibi, mahkeme salonuna girebilirler ve haber alıp hadiseyi yansıtabilirler.

Davanın taraflarına ve üçüncü kişilere karşı konan bu kayıt yasağı mutlak olup, ancak yargılamanın zorunlu kıldığı hâllerde, mahkemece dosyaya konmak üzere kayıt yapılabilir. Mahkemenin yaptığı kayıtlarla, kişilik haklarını ilgilendiren belgeler, ilgililerin ve hâkimin birlikte izni ile yayımlanabilecektir. Bununla kişilik haklarındaki gizliliğin ve kamu düzeninin korunması amaçlanmıştır. Duruşmalar sırasında bu kuralın ihlali "Duruşma düzeni" başlıklı 151. maddedeki müeyyideyi icap ettirdiği gibi; ayrıca mahkemenin izni alınmadan kayıt veya çekim yapılması hâli ve duruşmalar dışında kuralın ihlali ile yasağa rağmen yapılan çekimle elde edilen bilgi ve belgelerin yayımının Türk Ceza Kanunu tarafından müeyyidelenirildiğinin açıklanmasında yarar umulmuştur.

Medeni yargılama hukukunda duruşma klasik usulle fiziki olarak yapılabileceği gibi HMK m.149 gereği ses ve görüntü nakli ile kısaca e-Duruşma şeklinde de gerçekleştirilebilir. İster fiziki anlamda isterse de ses ve görüntü nakli ile yapılan duruşmaların kaydedilme ve yayınlanma tehlikesi her zaman mevcuttur. Özellikle ses ve görüntü nakli yolu ile yapılan duruşmada zaten toplanmış olan görüntü ve ses verilerini daimî olarak bir bellek ortamında saklamak günümüzde gayet basit bir iştir. Yapılan yargılamanın önemine binaen yargılamada gerçekleşecek işlemlerin mahkemece veya taraflarca kayda alınması konusunda her iki tarafta da güçlü bir motivasyonun varlığından şüphe duyulmamalıdır. Bu bağlamda tanık dinlemesinin yargılama haricinde bilgi edinmek amacıyla kayda alınarak bir kez daha izlenmek istemesi hem mahkeme hem de taraflar için cezbedicidir.

Duruşmanın kaydedilmesi ve yayınlanması hukuk yargılamasının ön önemli hedeflerinden olan hakikatin ortaya çıkarılmasına menfi yönde tesir edebilir. Zira taraflar ve tanıklarda oluşabilecek, mahkeme salonunda hazır bulunanların dışında başka kişilerin de ifadelerini öğrenebilecekleri utanç veya endişesi, onları gerçeğe uygun ve eksiksiz bir ifadeden alıkoymaya yarayabilir³⁴².

³⁴² Ulf Andreas Nissen, *Die Online-Videokonferenz im Zivilprozess*, Frankfurt am Main: Peter Lang, 2004, s. 74.

Kanun koyucu duruşmanın kaydedilmesinin ve yayınlanmasının neden olacağı olumsuzlukların önüne geçmek, adil yargılanma hakkı ve kişilik haklarını korumak amacıyla yargılamanın kayda alınmasını, saklanması ve bu kayıtların kullanılmasına ilişkin sıkı önlemler almış, kurallar koymuştur.

I. DURUŞMANIN KAYIT VE YAYIN YASAĞINA İLİŞKİN YASAL DÜZENLEMELER

Duruşmanın asıl amacı tarafları hükmü verecek olan hakimin önünde biraraya getirerek hakimin onların karşılıklı olarak sunacakları deliller ve beyanları bizzat dinlemesi ve böylece hakikate daha kolay ulaşabilmesidir. Yüzyıllardır fiziki olarak gerçekleşen duruşmaya günümüzde alternatif olarak kabul edilen ses ve görüntü nakli yolu ile yapılan e-Duruşma'da bu imkanı taraflara kolayca sunabilmektedir. Fiziki olarak yapılan duruşmada veya e-Duruşma da duruşmanın kayda alınmasının ve bu kaydın yayınlanmasının yargılamanın daha kolay gerçekleşmesine fayda sağlamayacağı açıktır. Kural olarak normal bir yargılama esnasında HMK m.153'te düzenlenen "Kayıt ve yayın yasağı" başlıklı hüküm gereğince duruşma sırasında fotoğraf çekilemez ve hiçbir şekilde ses ve görüntü kaydı yapılamaz. Şayet yargılamanın zorunlu kıldığı bir hâl var ise dava dosyasında saklı kalmak kaydıyla mahkemece çekim yapılabilir ve kayıt alınabilir. Kanun koyucu HMK m.153 düzenlemesinde muhtemelen fiziki ortamda yapılan duruşmayı göz önünde bulundurmuş olsa da 2020 yılından itibaren ülkemizde uygulanmaya başlayan e-Duruşmaların kayda alınarak katılanların temel kişilik haklarına müdahale edilerek normal yargılamaya katılanlardan daha zor bir durumda bırakılması düşünülemez³⁴³.

Fiziki ortamda veya e-Duruşma yöntemi uygulanarak gerçekleşen bir duruşmada mahkemece yapılan çekim ve kayıtlar ile kişilik haklarını ilgilendiren konuları içeren dava dosyası içindeki her türlü belge ve tutanak, mahkemenin ve ilgili kişilerin açık izni olmadıkça hiçbir yerde

³⁴³ Hukuk yargılamalarında dosya taraf veya vekillerinin aynı anda ses ve görüntü nakledilmesi yoluyla buldukları yerden duruşmaya katılmalarına ve usul işlemleri yapabilmelerine, ayrıca tanığın, bilirkişinin veya uzmanın aynı anda ses ve görüntü nakledilmesi yoluyla buldukları yerden dinlenilmesine imkân sağlayan 'e-Duruşma' uygulaması 15 Eylül 2020 tarihinde hayata geçirilmiştir. T.C. Hâkimler ve Savcılar Kurulu Genel Sekreterliği, Sayı: E.87742275-010.07-0206-2021-400/82237 Konu: e-Duruşma, T. 23.12.2021 Aziz Serkan Arslan, *E-Duruşma, Hukuk Yargılamasında Videokonferans Yöntemi (HMK m. 149)*, İstanbul: Oniki Levha Yayıncılık, 2023, s. 43.

yayımlanamaz. Fiziki ortamda gerçekleşen bir duruşma esnasında geçerli olan kayıt ve yayın yasağına ilişkin istisnalar ve yaptırımlar e-Duruşma yargılaması içinde aynen geçerlidir. Zira öncelikle HMK m.149 ve yönetmelik hükümleri gereğince e-Duruşma ile mahkeme huzurunda fiziken yapılan duruşma arasında, duruşmanın düzeni, usûlü, esasları ve sonuçları bakımından bir farklılık yoktur.

Ayrıca e-Duruşma Yönetmeliği kayıt alınması ve saklanması başlığı altında kayıt ve yayın yasağına da değinmiş ve 15. maddesinde HMK m.151 hükmünü aynen benimsediğini açıklamıştır. Buna göre e-Duruşma esnasında fotoğraf çekilemez ve hiçbir şekilde ses ve görüntü kaydı yapılamaz. Uygulamada e-Duruşma uygulaması ile duruşmaya katılmak isteyen tarafa, sistem tarafından duruşma sırasında her türlü sesli veya görüntülü kayıt ve nakil olanağı sağlayan aletlerin kullanılmayacağına dair otomatik bir metin iletisi gönderilmekte olup bu metnin kabulü e-Duruşmaya bağlantının ön şartıdır. Taahhütten kaçınılması halinde e-Duruşmaya katılım mümkün değildir. Bu ön şartın bağlanmak isteyen tarafa iletilmesi, onayının aranması ve onay verilmesine rağmen taahhüdün ihlal edilmesi halinde uygulanacak yasal müeyyidelerin bildirilmesi kişisel verilerin korunması için önemli bir gerekliliktir.

II. DURUŞMANIN KAYDEDİLMESİ VE YAYINLANMASI YASAĞININ İSTİSNALARI

Duruşmanın kaydedilmesi ve yayınlanması yasağına ilişkin en önemli istisna, yasağı getiren HMK'nın 153. maddesinin 2. cümlesinde kaleme alınmıştır. Buna göre yargılamanın zorunlu kıldığı bir hâl var ise dava dosyasında saklı kalmak kaydıyla mahkeme tarafından çekim yapılabilecek ve kayıt alınabilecektir. E-Duruşma Yönetmeliğinin 15. maddesine göre aynen HMK m.153 düzenlemesinde olduğu gibi mahkeme, yargılamanın zorunlu kıldığı hâllerde, gerekçesini belirterek e-Duruşmanın kayıt altına alınmasına karar verebilecektir. E-Duruşma esnasında elde edilen bu kayıtlar, mahkemece e-Duruşmanın yönetildiği bilgisayarda veya veri depolayabilen aygıtta aktarılarak dosyasında saklanmak üzere Merkezi Kayıt Sisteminde iki hafta süre ile muhafaza edilecek, süre sonunda Merkezi Kayıt Sistemindeki bu veriler geri döndürülemeyecek şekilde silinecektir. Bu şekilde alınan kayıtlar aynen HMK m.153'te de düzenlendiği gibi mahkemenin ve ilgili kişilerin açık izni olmadıkça hiçbir yerde yayımlanamayacaktır.

Mahkeme huzurunda fiziki ortamda yapılan veya e-Duruşma yöntemi ile ses ve görüntü nakli ile gerçekleşen bir duruşmada hâkim istisnai hükme

dayanarak duruşmanın kayıt altına alınmasına karar verirken öncelikle maddenin amacına ve Anayasa m. 20’de düzenlenen özel hayatın gizliliği ilkesine dikkat etmelidir. Özellikle kayıt altına alınan duruşmada elde edilecek kişisel verilerin amacına uygun kullanılması, kayıt hakkında dinlenecek tarafların veya tanıkların bilgilendirilmesi hususuna özen göstermelidir. Hâkim, duruşmanın kayıt altına alınması kararını gerekçelendirirken, yargılamanın bu kararı ne şekilde zorunlu kıldığını ve kayıt altına alınan beyanların maddede geçen iki hafta süre ile kayıt altında tutulmasının hangi amaca yönelik olduğunu detaylı bir biçimde ortaya koymalıdır³⁴⁴.

Medeni yargılama hukukunda fiziki ortamda veya e-Duruşma yöntemiyle gerçekleşen bir duruşma esnasında kayıt yasağına ve bunun istisnasına ilişkin HMK m.153 veya e-Duruşma Yönetmeliği m.15’te yer alan düzenlemeler 24.03.2016 tarihinde kabul edilip 07.04.2016 tarihinde Resmî Gazete’de yayımlanan 6698 sayılı Kişisel Verilerin Korunması Hakkında Kanun ile de uyumludur. Kısaca KVKK olarak adlandırılan kanun başta özel hayatın gizliliğinin korunması olmak üzere kişilerin temel hak ve özgürlüklerini korumak ve kişisel verileri işleyen gerçek veya tüzel kişilerin uyacağı usûl ve yükümlülükleri düzenlemeyi amaçlayan bir kanundur³⁴⁵.

III. KİŞİSEL VERİLERİN KORUNMASI KAPSAMINDA DURUŞMANIN KAYDEDİLMESİ VE YAYINLANMASI YASAĞI

Kişisel verilerin korunması, hedef ve ilkeleri itibariyle özel yaşamın gizliliği ile yakından ilişkilidir. 24.03.2016 tarihinde kabul edilip 07.04.2016 tarihinde Resmî Gazetede yayımlanan 6698 sayılı Kişisel Verilerin Korunması Hakkında Kanun, başta özel hayatın gizliliğinin korunması olmak üzere kişilerin temel hak ve özgürlüklerini korumak ve kişisel verileri işleyen gerçek veya tüzel kişilerin uyacağı usul ve yükümlülükleri düzenlemeyi amaçlayan bir kanundur (KVKK m.1). Kişisel Verilerin Korunması Hakkında Kanuna göre kişisel veri, konuyla ilgili uluslararası düzenlemelerle paralel olarak “kimliği belirli veya belirlenebilir gerçek kişiye ilişkin her türlü bilgi” olarak tanımlanmıştır. Tamamen veya kısmen otomatik olan ya da herhangi bir veri kayıt sisteminin parçası olmak kaydıyla otomatik olmayan yollarla

³⁴⁴ Banu Ulusan, “Medeni Yargılama Hukukunda Tanığın e-Duruşma ile Dinlenilmesi ve Kişisel Verilerin Korunması: Alman Hukukuyla Karşılaştırmalı Bir Değerlendirme”, TBB Dergisi, 163 (2022), s. 185.

³⁴⁵ İbrahim Korkmaz, “Kişisel Verilerin Korunması Kanunu Hakkında Bir Değerlendirme”, TBB Dergisi, 124 (2016), s. 87.

elde edilmesi, kaydedilmesi, depolanması, muhafaza edilmesi, değiştirilmesi, yeniden düzenlenmesi, açıklanması, aktarılması, devralınması, elde edilebilir hâle getirilmesi, sınıflandırılması ya da kullanılmasının engellenmesi gibi yollarla işlenmesi mümkün olan kişisel verilerin (KVKK m. 3/(e)), KVKK m. 5/1 uyarınca kişilerin açık rızası olmaksızın işlenmesi kural olarak mümkün değildir.

Kişisel veriler üzerinde gerçekleştirilen her tür işlem, işleyen bu işlemi gerçekleştirme yetkisi yoksa hukuka aykırı nitelik taşıyacaktır. Kişisel Verilerin Korunması Hakkında Kanununun 28. maddesi kanunun kapsama alanına girmeyen istisnaları da düzenlemiştir. Buna göre 'kişisel verilerin soruşturma, kovuşturma, yargılama veya infaz işlemelerine ilişkin olarak yargılama makamları veya infaz mercileri tarafından işlenmesi' kanunun uygulanmayacağı istisnalardan biridir. Kanun koyucu istisnayı belirlerken yargılama usûlü veya işlem türü konusunda oldukça esnek davranmış, belirli bir sınırlamaya gitmemiştir. Bu bağlamda hukuk mahkemelerinde yargılama esnasında fiziki ortamda veya e-Duruşma şeklinde gerçekleşen duruşmalarda yargılama makamı tarafından kaydedilen veriler açısından KVKK hükümleri ve buna ilişkin koruma tedbirleri uygulanamayacaktır.

Hal böyle olmakla birlikte normlar hiyerarşisinde en üstte yer alan Anayasanın m.20/3 hükmü gereğince 'Herkes, kendisiyle ilgili kişisel verilerin korunmasını isteme hakkına sahiptir. Bu hak; kişinin kendisiyle ilgili kişisel veriler hakkında bilgilendirilme, bu verilere erişme, bunların düzeltilmesini veya silinmesini talep etme ve amaçları doğrultusunda kullanılıp kullanılmadığını öğrenmeyi de kapsar. Kişisel veriler, ancak kanunda öngörülen hallerde veya kişinin açık rızasıyla işlenebilir. Kişisel verilerin korunmasına ilişkin esas ve usûller kanunla düzenlenir.' şeklinde olup, özel hayatın gizliliğinin korunması kapsamında kişisel verilerin korunmasına anayasal bir dayanak teşkil etmektedir.

Alman hukukunda da esasen kişinin kendi görüntü kayıtlarına sahip olma hakkı ve dolayısıyla mevcut olanların kişilik haklarının (Madde 1, 2 GG) aktarımdan etkilenebileceği kabul edilmekle birlikte bu kaydın yapılması için tarafların veya tanıkların onayı gerekli değildir. Zira bu mahkeme haricinde kayıt alınması yasaktır ve mahkemece alınan kayıtlarda kamuya açık değildir³⁴⁶.

³⁴⁶ Jörn Fritsche, *Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung mit Gerichtsverfassungsgesetz und Nebengesetzen*, ZPO §128a, 6. Auflage, Münih: Beck, 2020, s. 1138.

IV. DURUŞMANIN KAYIT VE YAYIN YASAĞININ İHLALİ HALİNDE UYGULANACAK YAPTIRIMLAR

Kanun koyucu mahkemenin izni dışında duruşmanın kaydedilmesini ve yayınlanmasını yasaklarken, duruşma esnasında mahkemece yapılan çekim ve kayıtlar ile kişilik haklarını ilgilendiren konuları içeren dava dosyası içindeki her türlü belge ve tutanağın mahkemenin ve ilgili kişilerin açık izni olmadıkça hiçbir yerde yayımlanamayacağını da açıkça belirtmiştir. Duruşma sırasında bu yasaklara aykırı davranılarak duruşma düzeninin bozulması halinde yasağı ihlal eden kişi hakkında öncelikle duruşma düzeninin korunmasına ilişkin HMK m.151 hükmü hâkim tarafından re'sen uygulanır. Buna göre hâkim, duruşmanın düzenini bozan kimseyi, bunu yapmaktan meneder ve gerekirse, avukatlar hariç, derhâl duruşma salonundan çıkarılmasını emreder. Kayıt ve yayın yasağını ihlal ederek duruşma düzenini bozan kimse, ihtarla rağmen mahkemenin düzenini bozmaya veya mahkeme huzurunda uygun olmayan bir söz söylemeye veya davranışta bulunmaya devam ederse derhâl yakalanır ve hakkında dört güne kadar disiplin hapsi uygulanır. Bu fıkra hükmü avukatlar hakkında uygulanmaz. Avukatlar hakkında uygulanacak müeyyide ise HMK m.79'da düzenlenmiştir. Vekilin veya vekâlet verenin duruşmada uygun olmayan tutum ve davranışı başlığı altında düzenlenen madde gereğince vekil, duruşma sırasında kayıt ve yayın yapmak gibi uygun olmayan tutum ve davranışta bulunursa, hâkim tarafından uyarılır; vekil uyarıya uymaz ve fiil disiplin suçu veya adli suç teşkil eder nitelikte görülürse, duruşma salonunda bulunan kişilerin kimlik bilgileri, adresleri de yazılarak olay tutanağa geçirilir ve duruşma ertelenir. Vekil hakkında gerekli yasal işlem yapılmak üzere mahkemece vekilin kayıtlı olduğu baroya ve gerekiyorsa Cumhuriyet başsavcılığına bildirimde bulunulur.

Vekil atamaksızın davasını kendisi takip eden kimse, duruşmada kayıt ve yayın yapmak gibi uygun olmayan tutum ve davranışta bulunursa, hâkim kendisini uyarır; bu uyarılara uyulmaz ve gerekli görülürse kendisini vekil ile temsil ettirmesine karar verip, hemen duruşma salonundan dışarıya çıkartılmasını sağlar; vekil ile temsil ettirmemesi hâlinde, tarafın yokluğu hâlinde uygulanacak hükümlere göre işlem yapılır³⁴⁷.

³⁴⁷ Serhat Sarısözen, *Medenî Usûl hukukunda Duruşma Düzeni (HMK m.151)*, Ankara: Yetkin Yayınları, 2023, s. 127; Nedim Meriç ve Tuğçe Arslanpınar Tat. "Elektronik Ortamda Duruşma ve Diğer Yargı Faaliyetlerinin İcrası", Dijital Çağda Medeni Yargı, Ankara: Seçkin Yayıncılık, s. 220.

E-Duruşma Yönetmeliğinin m.13/1 fıkrası gereği e-Duruşma, mahkeme huzurunda yapılan duruşma ile aynı hukukî sonuçları doğurur. Dolayısıyla e-Duruşma esnasında kayıt ve yayın yasağının ihlal edilmesi, duruşma düzenini bozacak seslerin, görüntülerin, davranışların ortaya çıkması halinde HMK m.151 gereği hâkim, duruşmanın düzenini bozan kimseyi, bunu yapmaktan menedebilecek ve gerekirse, avukatlar hariç, derhâl e-Duruşmaya son verebilecektir³⁴⁸.

Fiziki ortamda veya ses ve görüntü nakli ile gerçekleşen e-Duruşma esnasında kayıt ve yayın yasağına aykırı davranan kişi hakkında, HMK'da düzenlenen yaptırımlar haricinde ayrıca Türk Ceza Kanunu'nun 286. maddesinde adliyeye karşı suçlar kapsamında düzenlenen ses ve görüntülerin yetkisiz olarak kayda alınması veya nakledilmesi suçu hükümleri uygulanır. Buna göre ses veya görüntüleri yetkisiz olarak kayda alan veya nakleden kişi, altı aya kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

Kişisel Verilerin Korunması Hakkında Kanun m.14/3'te kişilik hakları ihlal edilenlerin, genel hükümlere göre tazminat hakkının saklı olduğunu belirtmektedir. Bunun yanı sıra hukuka aykırı şekilde kişilik haklarına saldırı devam ediyor ise saldırıya son verilmesi, saldırı tehlikesinin önlenmesi ve saldırının hukuka aykırılığının tespiti davalarının açılabilmesi mümkündür. Fiziki ortamda veya ses ve görüntü nakli ile gerçekleşen e-Duruşma esnasında kayıt ve yayın yasağına aykırı olarak kişisel veri elde edilmiş ve bu kişisel verilerin hukuka aykırı işlenmesi neticesinde ortaya bir zarar çıkmışsa bu zararın maddi veya manevi tazminat davası yolu ile tazmini mümkündür.

Kişisel verilerin hukuka aykırı işlenmesi neticesinde doğan zarardan zarar verenin sorumlu tutulması için zararın meydana geldiğini ve illiyet bağıını ispat etmek ilgili kişinin sorumluluğundadır. Bu noktada ilgili kişi zararın nedenselliğinde herhangi bir rolü olmadığı sürece, veri işlemenin teknik detaylarını açıklamak zorunda değildir. Burada veri işleme sözleşme ilişkisine dayalı olarak gerçekleştirilmişse, TBK m. 112 gereğince kusuru ispat yükü tersine çevrilmiştir. Veri sorumlusunun kusurlu hareket ettiğini ilgili kişi kanıtlamak zorunda değildir, veri sorumlusu, kendi kusursuzluğunu kanıtlamalıdır. Veri sorumlusunun kusuruna dayanan bu sorumluluk düzenlemesinde, ispat yükü ters çevrilmiştir. İspat yükünün ilgili kişi lehine

³⁴⁸ Alman hukukunda da benzer uygulama için bkz. Richard Zöllner und Reinhard Greger, Zivilprozessordnung, 33 Auflage, Köln: Otto Schmidt, 2020, s. 557.

tersine çevrilmiş olması, veri sorumlusunun veri işleme faaliyetiyle ilgili genel olarak hesap verebilir durumda olması sebebiyledir³⁴⁹.

Kayıt yasağına mahkemece, taraflarca veya davaya katılanlarca aykırı hareket edilmesi durumunda usûl hukuku bakımından ise ortaya iki sonuç çıkabilir. Birincisi bu durum yargılama usûlü bakımından hukuka aykırı bir durumun ortaya çıkmasına neden olur. İkinci olarak da kayıt ile elde edilen ispat araçlarının kullanma yasağını beraberinde getirir.

Hukuk Muhakemeleri Kanunu m.153'te düzenlenen 'Kayıt ve yayın yasağı' başlıklı hüküm gereğince duruşma sırasında fotoğraf çekilemez ve hiçbir şekilde ses ve görüntü kaydı yapılamaz. Ancak, dava dosyasında saklı kalmak kaydıyla, yargılamanın zorunlu kıldığı hâllerde, mahkemece çekim yapılabilir ve kayıt alınabilir. Kayıt yasağına aykırı hareket edilmesi HMK m.153 anlamında usûl hatası şeklinde bir hakkın ihlâlini teşkil eder ki bu durum hem istinaf hem de temyiz kanun yolunda dikkate alınır. Ancak kayıt yasağının ihlali mutlak bir temyiz sebebi değildir. Nitekim HMK m.371 gereği kayıt yasağının başlı başına bozma nedeni sayılabilmesi için, ayrıca hükmün sonucunu etkilemiş olması gerekmektedir.

Hukuk yargılaması açısından gerek fiziki ortamda gerçekleşen gerekse de e-Duruşma esnasında kayıt yasağı ihlal edilerek elde edilen deliller kişilik haklarının, özel yaşam alanının ve giz (sır) alanının ihlâl edilmesi suretiyle elde edilmiş kabul edilir ve bu ses ve görüntü kayıtlarına ispat gücü tanınmaz. Bu durum HMK m.189/2'de hukuka aykırı olarak elde edilmiş olan delillerin, mahkeme tarafından bir vakıanın ispatında dikkate alınamayacağı şeklinde açıkça vurgulanmıştır. Kaldı ki, Anayasa'nın 38. maddesinin altıncı fıkrasında, kanuna aykırı olarak elde edilmiş bulguların delil olarak kabul edilemeyeceği yine aynı şekilde hükme bağlanmıştır. Sözü edilen anayasal kural, her ne kadar, ceza yargısına ilişkin gibi görünse de tüm yargı çeşitleri, bu arada adli yargı bütünü içinde yer alan hukuk yargısı bakımından da geçerlilik taşıyan bir düzenleme konumundadır. Nitekim hakikatin araştırılmasına daha büyükçe bir değer atfedildiği ceza hukukunda dahi hukuka aykırı yollardan elde edilmiş delillerin kullanılmayacağı günümüzde yerleşik bir kural haline gelmiştir.

Bununla birlikte HMK m.153 ve e-Duruşma yönetmeliği m. 15 gereğince fiziki ortamda gerçekleşen veya e-Duruşma yöntemi uygulanarak gerçekleşen duruşma esnasında mahkemece yapılan kaydın yayınlanmasına

³⁴⁹ Buket Günay, *Kişiliğin Korunması Kapsamında Kişisel Verilerin Hukuka Aykırı Kullanılması Nedeniyle Hukuki Sorumluluk*, 1.Baskı, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2023, s.220.

veya delil olarak kullanılmasına hakkı ihlâl edilen kişi izin verecek olursa, artık ona mahkemece ispat gücü tanınması mümkündür.

SONUÇ

İnsanoğlunun her daim temel hedefleri arasında yer alan adil ve hakkaniyete uygun bir yargılama için çağımız teknolojisi ve dijitalleşme önemli faydalar sağlayabilecektir. Ancak teknoloji ve dijitalleşmeden istifade ederken yüzyıllar boyunca evrensel deneyim ve tecrübeler sonucunda oluşan, adil bir yargılamanın olmazsa olmazı yargılamaya hakim olan ilkelerinde gerekirse teknolojik gelişime uygun şekilde güncellenerek korunması mutlaka gözönünde bulundurulmalıdır.

Adil bir yargılamanın en önemli gereksinimlerinden olan duruşma aşamasının düzen içerisinde gerçekleşebilmesi için kanun koyucu bazı tedbirler almıştır. Bu tedbirlerden biri de HMK m. 153'te düzenlenen duruşmanın kayıt ve yayın yasağıdır. Maddeye göre duruşma sırasında fotoğraf çekilemez ve hiçbir şekilde ses ve görüntü kaydı yapılamaz. Bu yasağın hem fiziki ortamda hem de ses ve görüntü nakli ile gerçekleşen e-Duruşma aşamasında mahkemece resen uygulanır. Hal böyle olmakla birlikte kanun koyucu bu yasağa bazı istisnalar getirmiştir. Duruşmanın kaydedilmesi ve yayınlanması yasağına ilişkin en önemli istisna, yasağı getiren HMK'nın 153. maddesinin 2. cümlesinde kaleme alınmıştır. Buna göre yargılamanın zorunlu kıldığı bir hâl var ise dava dosyasında saklı kalmak kaydıyla mahkeme tarafından çekim yapılabilecek ve kayıt alınabilecektir.

Kişisel veri, kimliği belli veya belirlenebilir gerçek kişiye ilişkin her tür bilgidir. Kişisel veriler üzerinde gerçekleştirilen her tür işlem, işleyen bu işlemi gerçekleştirme yetkisi yoksa hukuka aykırı nitelik taşıyacaktır. Yargılamanın mahkemece kayıt altına alınması halinde duruşmada elde edilen veriler kişisel veri olmakla birlikte Kişisel Verilerin Korunması Hakkında Kanununun 28. maddesi gereği kanunun kapsama alanına girmeyen istisnalardan biridir. Bu nedenle hukuk mahkemelerinde yargılama esnasında fiziki ortamda veya e-Duruşma şeklinde gerçekleşen duruşmalarda yargılama makamı tarafından kaydedilen veriler açısından KVKK hükümleri ve buna ilişkin koruma tedbirleri uygulanamayacaktır.

KAYNAKÇA

- Arslan, Aziz Serkan. *E-Duruşma, Hukuk Yargılamasında Videokonferans Yöntemi (HMK m. 149)*. İstanbul: Oniki Levha Yayıncılık, 2023.
- Atalı, Murat, İbrahim Ermenek ve Ersin Erdoğan. *Medeni Usûl Hukuku*. 4. Baskı, Ankara: Yetkin Yayınları, 2021.
- Fritsche, Jörn. *Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung mit Gerichtsverfassungsgesetz und Nebengesetzen, ZPO §128a*. 6. Auflage, Münih: Beck, 2020.
- Günay, Buket. *Kişiliğin Korunması Kapsamında Kişisel Verilerin Hukuka Aykırı Kullanılması Nedeniyle Hukuki Sorumluluk*. 1.Baskı, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2023.
- Korkmaz, İbrahim. "Kişisel Verilerin Korunması Kanunu Hakkında Bir Değerlendirme". *TBB Dergisi*, 124 (2016): (s.81-152).
- Meriç, Nedim ve Tuğçe Arslanpınar Tat. "Elektronik Ortamda Duruşma ve Diğer Yargı Faaliyetlerinin İcrası". *Dijital Çağda Medeni Yargı*, Ankara: Seçkin Yayıncılık, (s.189-243).
- Nissen, Ulf Andreas. *Die Online-Videokonferenz im Zivilprozeß*. Frankfurt am Main: Peter Lang, 2004.
- Pekcanitez, Hakan, Muhammet Özekes, Mine Akkan ve Hülya Taş Korkmaz. *Medeni Usûl Hukuku*. C.2, 15. Bası, İstanbul: Oniki Levha Yayıncılık, 2017.
- Sarısözen, Serhat. *Medeni Usûl hukukunda Duruşma Düzeni (HMK m.151)*. Ankara: Yetkin Yayınları, 2023.
- Uluslan, Banu. "Medeni Yargılama Hukukunda Tanığın e-Duruşma ile Dinlenilmesi ve Kişisel Verilerin Korunması: Alman Hukukuyla Karşılaştırmalı Bir Değerlendirme". *TBB Dergisi*, 163 (2022): (s.155-191).
- Zöllner, Richard und Reinhard Greger. *Zivilprozessordnung*. 33 Auflage, Köln: Otto Schmidt, 2020.

